

THÈSE DE  
DIJON.  
1886  
N<sup>o</sup>. 3.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

# DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE

DANS L'ANCIEN ET LE NOUVEAU DROIT

---

THÈSE DE DOCTORAT

SOUTENUE LE 2 FÉVRIER 1886

PAR

**Just TOULLOT**

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DE LA FACULTÉ DES LETTRES

Sous la présidence de M. MOUCHET, *professeur*.

SUFFRAGANTS { MM. BONNEVILLE, *professeur*.  
DESSERTAUX, *id.*  
SALEILLES, *agrégé*.

---

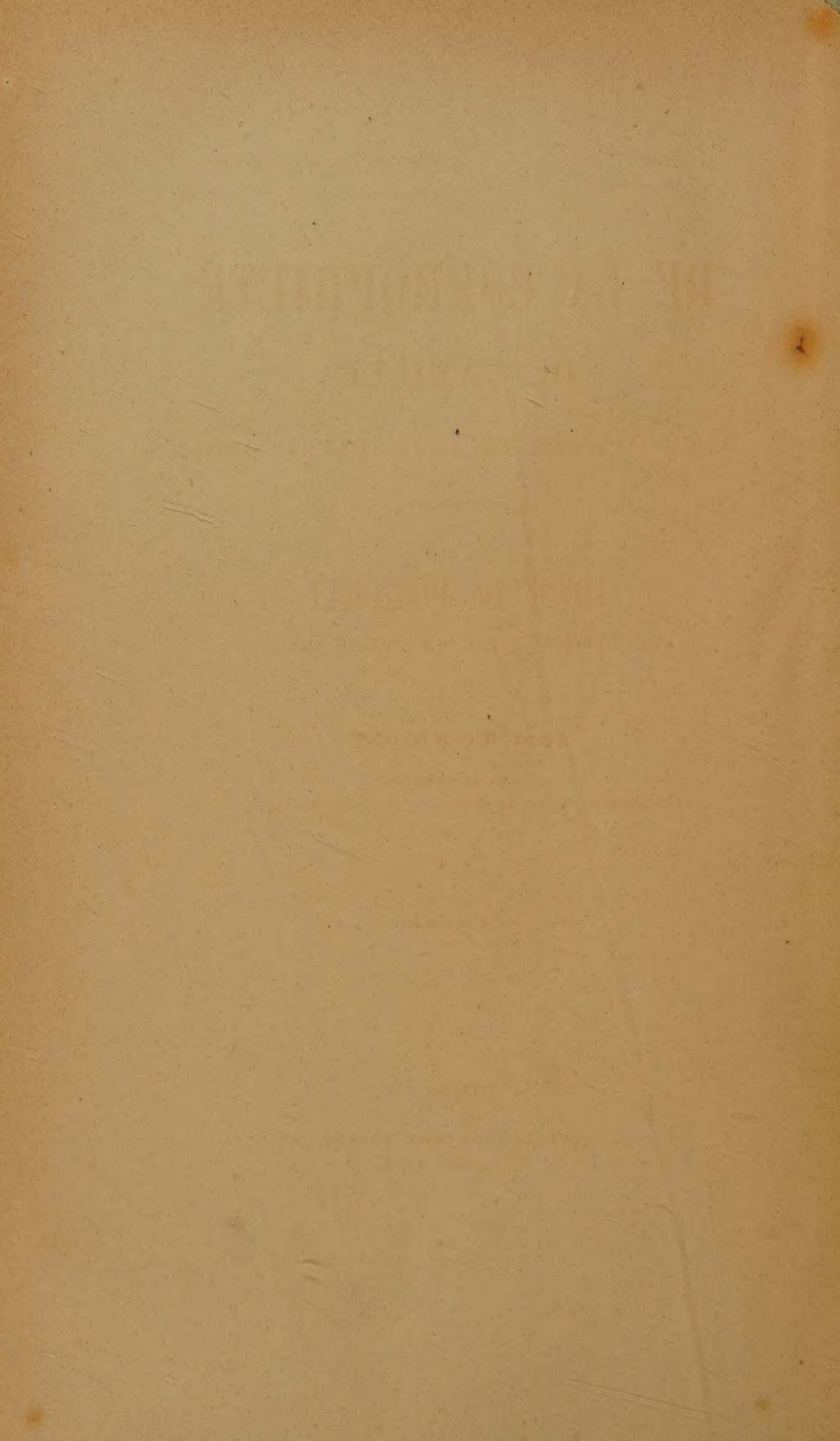
DIJON

IMPRIMERIE EUGÈNE JOBARD

Place Darcy, 9.







UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

---

# DE LA COPROPRIÉTÉ

## DE FAMILLE

DANS L'ANCIEN ET LE NOUVEAU DROIT

---

### THÈSE DE DOCTORAT

SOUTENUE EN JANVIER 1886

PAR

**Just TOULLOT**

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DE LA FACULTÉ DES LETTRES

---

DIJON

IMPRIMERIE EUGÈNE JOBARD

Place Darcy, 9.



## PRINCIPAUX OUVRAGES CONSULTÉS

---

- ACCARIAS. *Précis de droit romain*, 3<sup>e</sup> édition. Paris, 1882.
- BEAUNE. *Introduction à l'étude histor. du droit coutum.* Paris, 1880.
- BOISSONNADE. *Histoire de la réserve héréditaire*. Paris, 1878.
- BOSCHERON-DESPORTES. *Aperçu historique et analytique du droit hindou.*  
Dans la *Revue historique*, tome I.
- CAILLEMER. *Le Droit de succession légitime à Athènes*. Paris, 1879.
- CRÉMAZY. *La Loi des successions dans le droit hindou moderne ; le Droit musulman dans l'Inde française.* — *Nouvelle Revue historique*, années 1878 et 1879.
- DARESTE. *Etude sur les anciens monuments du droit en Hongrie.* —  
Dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*. Mai 1885.
- DESJARDINS. *Recherches sur l'origine de la règle : donner et retenir ne vaut.* — *Revue critique de législation*, tome XXXIII.
- DUBOIS. *La Saisine héréditaire en droit romain*. Paris, 1880.
- FÉDOR-DÉMELIC. *Le Droit coutumier des Slaves méridion.* Paris, 1877.
- FUSTEL DE COULANGES. *La Cité antique*, Paris. — *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*. Paris, 1885.
- GARSONNET. *Histoire des locations perpétuelles, etc.* Paris, 1879.
- GAUTIER. *Précis de l'histoire du droit français*. Paris, 1882.
- GEFFROY. *Etat social et institution des Germains selon Tacite.* — Dans la *Revue des Deux-Mondes*, 1872.
- GIDE. *Etude sur la condition privée de la femme*. Paris, 1867.
- GINOULHIAC. *Cours élémentaire d'histoire générale du droit français*. Paris, 1884.
- GIRAUD. *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*. Aix, 1838.
- GLASSON. *Histoire du droit et des Institutions de l'Angleterre*. Paris, 1882. — *Quelques observations sur la famille et la propriété chez les Germains*. Orléans, 1885.
- GROTE. *Histoire de la Grèce*, traduite par de Sadous. Paris, 1864.
- GRASSHOFF. *Symbolæ ad doctrinam juris attici*. Berlin, 1877.
- DE IHERING. *L'Esprit du droit romain*. Paris, 1880.

- KLIMRATH et VARNKÖENIG. *Travaux sur l'histoire du droit français*. Paris, 1843.
- LABOULAYE. *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*. Paris, 1839.
- LAFFERRIÈRE. *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*. Paris, 1843.
- LEHUEROU. *Institutions carolingiennes*. Paris, 1843.
- LEHR. *Eléments de droit civil germanique*. Paris, 1875.
- MALECOT et BLIN. *Précis de droit féodal et coutumier*. Paris.
- MAYNZ. *Cours de droit romain*, 4<sup>e</sup> édit. Bruxelles, 1877.
- MOMMSEN. *Histoire romaine*, traduite par Alexandre. Paris, 1863.
- POTHIER. *Œuvres complètes*, édition Bugnet. Paris, 1861.
- SCHULTE. *Histoire du droit et des instit. de l'Allemagne*, traduite par Fournier. Paris, 1882.
- SUMNER MAINE. *L'Ancien droit*, traduit par Courcelle. Paris, 1874.
- DE VALROGER. *Les Celtes, la Gaule celtique*. Paris, 1879.
- VIOLLET. *Du Caractère collectif des premières propriétés immobilières*. Dans la *Biblioth. de l'Ecole des chartes*, 1872. — *Précis de l'histoire du droit français*. Paris, 1886.

#### THÈSES DE DOCTORAT

- GAUCKLER. *Recherches sur la propriété collective à Rome*. Nancy, 1883.
- JOBÉÉ-DUVAL. *Etude sur la cond. résol. Histoire du retrait lignager*. Paris, 1874.
- MARSEILLE. *Continuation de la personne du défunt*. Paris, 1873.
- MASSAT. *De l'Etablissement des servitudes*. Bordeaux, 1876.
- TURNER. *Slawisches familienrecht*. Strasbourg, 1874.
-

## INTRODUCTION

---

Le mot *copropriété de famille* peut être pris en deux sens différents. Dans un premier sens, il désigne certains droits que la loi et la morale accordent aux enfants vis-à-vis de leurs parents. Tout homme, en effet, qui devient père de famille, se trouve par le fait même obligé de nourrir et d'élever ses enfants. Pendant sa vie il doit, sinon les garder dans sa maison, les nourrir à sa table, les associer à la plus intime communauté d'existence, du moins leur fournir les subsides nécessaires à leur entretien, leur procurer des ressources qui leur permettront d'occuper un rang convenable dans la société (1). Lors de sa mort, il doit leur laisser le moyen de vivre et de conserver le rang qu'il leur a donné ; dans ce but, il doit leur laisser une certaine portion de ses biens, portion que la loi proclame indisponible (2). Tout enfant a donc certains droits sur le patrimoine de son père : droit à des aliments, droit à une réserve. Comme ces droits sont en relation directe

---

(1) Art. 207 du Code civil.

(2) Art. 913 et suiv. du Code civil.

avec le *quantum* du patrimoine du père, comme ils grèvent le patrimoine et non la personne, ils offrent une grande analogie avec le droit de propriété, aussi n'est-ce pas sans motif que certains auteurs (1) les ont désignés sous le nom de *copropriété de famille*. Dans ce sens, la copropriété de famille existe depuis l'origine du monde et elle existera toujours, car, aussi longtemps que les hommes engendreront des enfants, ils se verront obligés de les nourrir et de les élever.

Le mot *copropriété de famille* est encore employé dans un autre sens absolument différent du précédent. Dans ce nouveau sens, la copropriété de famille est une institution qui a existé chez tous les peuples primitifs, qui existe encore actuellement chez quelques nations, mais qui a disparu de la plupart de nos codes européens. Si l'on veut avoir une notion exacte de cette curieuse institution, il faut mettre de côté la thèse, qui récemment encore était admise ou professée par tous les jurisconsultes, à savoir que la propriété individuelle et exclusive (2) est de droit naturel et existe depuis l'origine du monde. Cette théorie n'est vraie qu'en ce qui regarde les meubles; relativement aux immeubles, de remarquables travaux (3) ont prouvé jusqu'à l'évidence que la propriété individuelle et exclusive est un fait relativement nouveau, dont on ne constate l'existence que chez les peuples les plus civilisés (4). Tous les peuples anciens ont été soumis à un communisme plus

---

(1) Boissonnade, *op. cit.*, pages 527 et suiv. C. de Royer, *Liberté testamentaire*, thèse, Paris, 1870, page 90.

(2) C'est-à dire la propriété telle que l'établit l'art. 544 du Code civil.

(3) De Laveleye et Viollet, *op. cit.*

(4) La propriété n'est pas chose fixe, c'est une institution multiforme qui a subi de grandes modifications. (Stuart Mill.)

ou moins étendu. Avec le temps, certains biens ont été soustraits à l'usage de tous et attribués à des groupes d'individus très peu nombreux issus d'un même auteur. A cette époque, tous les membres d'un groupe ou d'une famille avaient sur les immeubles des droits égaux et rivaux ; le père était copropriétaire au même titre que ses enfants ; il avait, de plus, la qualité d'administrateur des biens de la famille. Telle est l'institution que nous appellerons *copropriété de famille*. La copropriété de famille est donc une phase de l'histoire de la propriété immobilière. Elle a succédé à la propriété collective ou communisme, elle a précédé la propriété individuelle ; régime transitoire, elle a remplacé un état de choses très imparfait, mais elle doit bientôt disparaître pour faire place à une institution plus parfaite.

Nous ferons complètement abstraction du premier sens du mot copropriété de famille pour nous occuper exclusivement du second. Nous indiquerons la place que la copropriété de famille occupe dans l'histoire de la propriété ; puis nous mettrons en lumière les caractères de cette institution, en nous plaçant aux points de vue suivants : composition de la famille copropriétaire, énumération des biens de la famille, analyse des droits des parents copropriétaires ; enfin nous rechercherons quelle a été la destinée de la copropriété de famille.

#### § 1<sup>er</sup>. — Origine de la copropriété de famille.

Quelle que soit l'opinion adoptée relativement à l'origine de l'humanité, il vint certainement un moment où les hommes, réunis par tribus, menaient une vie nomade et

n'avaient d'autres ressources que la chasse et l'élève des troupeaux (1). Ces tribus poussaient devant elles leurs troupeaux, s'arrêtaient dans une prairie, y dressaient leurs tentes et, quand l'herbe était entièrement consommée par les animaux, elles quittaient cette contrée et se dirigeaient vers une autre région. L'individu ne pouvait rester isolé, il serait immédiatement devenu la proie des bêtes fauves ou aurait été réduit en esclavage par un voisin plus fort que lui. « L'association était une nécessité sociale (2). » Tous les membres de la tribu obéissaient à un chef unique et étaient unis entre eux par les liens d'une étroite solidarité. Tous combattaient au même rang, tous se coalisaient pour poursuivre et venger le meurtre de l'un d'eux. Sous ce régime, la propriété est encore à l'état rudimentaire et la famille n'est pas encore constituée (3). Chacun est propriétaire exclusif de ses armes et de ses vêtements, mais personne n'est propriétaire de la terre, car la tribu ne fait que passer et elle abandonne pour toujours la terre sur laquelle elle a séjourné quelques mois. « L'existence d'une propriété individuelle et exclusive sur les troupeaux, principale richesse de la tribu, est contraire à la solidarité qui unit tous les membres de la tribu, elle se concilie difficilement avec ces perpétuelles migrations qui confondent en une masse unique hommes et choses. L'individu n'est rien, la tribu est tout, elle seule est propriétaire des troupeaux, dont les produits sont communs à tous (4). »

D'un autre côté, il est évident que les liens indissolubles de la famille n'ont pas pu s'établir. « A chaque pérégri-

---

(1) De Laveleye, *op. cit.*, page 4.

(2) Tröplong, préface du *Traité des sociétés civiles*.

(3) Gide, *op. cit.*, page 24, et Lehürou, *op. cit.*, p. 66.

(4) Gauckler, *op. cit.*, page 11. Viollet, *du Caract. collect.*, page 460.

nation nouvelle les enfants laissent derrière eux les tombes où reposent leurs pères; nulle génération ne laisse de traces après elle. Comme on n'a pas d'ancêtres, on ne désire pas de postérité (1). » Quelques bons esprits pensent que la filiation maternelle a seule été connue chez les peuples nomades (2).

Il arrive un moment où, arrêtée par son propre nombre, la tribu descend de ses chariots, se fixe au bord d'un fleuve ou au fond d'une vallée et s'attache au sol par la culture (3). « Ce passage de la vie pastorale à la vie agricole est plus ou moins long à se produire suivant le génie des diverses nations, le climat qui les entoure, la région qu'elles habitent. Il y a plusieurs milliers d'années que l'agriculture est connue en Egypte. Son apparition chez les Germains n'est guère antérieure à notre ère. On trouve encore des peuplades en Amérique qui se sont toujours montrées rebelles à ce genre de travail (4). »

La tribu, ai-je dit, se fixe sur une terre, elle entend conserver cette terre à perpétuité, elle la cultive, elle en perçoit les produits; elle ne veut pas que des étrangers viennent la fouler de leurs pieds. Elle se comporte comme un maître, elle peut donc se dire propriétaire. On s'accorde à qualifier cette sorte de propriété, du nom de *propriété collective de la tribu* (5).

---

(1) Gide, *op. cit.*, p. 24. Voir aussi Fustel de Coulanges, *Cité antique*, page 34.

(2) Gautier, *op. cit.*, page 17.

(3) Lehuërou, *op. cit.*, p. 43.

(4) Massat, *op. cit.*, pages 2 et 3.

(5) L'analyse exacte des différents éléments qui composent le droit de propriété collective est très délicate. Il est d'abord un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est qu'il est impossible de considérer tous les membres de la tribu comme ayant des droits égaux et rivaux, c'est qu'il est impossible de soutenir que

Quels sont les droits de chacun? Comme sous la période précédente, chacun est propriétaire de ses armes et de ses vêtements, il est probable que les troupeaux restent communs. Toutes les innovations ont trait au mode de culture du sol. Tantôt tous les membres de la tribu travaillent en même temps, labourant le même espace de terrain, puis, quand le moment de la récolte est venu, mettent en commun tous les fruits. Tantôt chacun cultive un coin de terre qu'il prend à son gré dans la masse des terres, ou bien qui lui est assigné par le chef de la tribu, et, comme il cultive seul son coin de terre, il perçoit seul les fruits qu'il a récoltés. L'année suivante, il abandonne ce terrain qu'il croit épuisé, et il en défriche un autre plus fertile. Les pâturages et les forêts restent dans l'indivision (1).

Sous ce régime, les aliénations et les successions immobilières ne se conçoivent pas. Nul individu ne peut vendre un lot de terre, puisque personne n'en est propriétaire exclusif. Quand un individu meurt, il cesse de réclamer

---

chacun est propriétaire exclusif d'une part indivise des biens communs. — Disons-nous alors que la tribu constitue une unité morale seule propriétaire des immeubles, les individus n'ayant que des droits de jouissance sur des biens appartenant à autrui? Il me semble que cette solution doit être écartée. Considérer la tribu comme une personne morale, c'est s'élever jusqu'à une abstraction que l'intelligence juridique ne peut concevoir qu'après un certain temps : les hommes primitifs n'ont pu atteindre cette conception. Je ne crois pas que les membres de la tribu aient un droit d'usage sur les immeubles communs, je crois que chacun avait, vis-à-vis de ces biens, un certain droit de propriété. Ce droit de propriété est moins étendu que le droit de propriété individuelle et exclusive, il comporte un droit de jouissance proportionné au nombre des membres de la tribu et à l'étendue des immeubles communs, il oblige chaque titulaire à se soumettre aux décisions de la majorité ; ajoutons que chaque titulaire n'a pas le droit d'aliéner la portion qui lui est assignée, ni d'exiger le partage des biens communs. La propriété collective de la tribu, c'est la somme des droits de chaque individu. — Sur ce point, consulter de Iehring, t. I, p. 204 ; — Lehr, *op. cit.*, pages 67 à 69 ; — Garsonnet, *op. cit.*, page 9 ; — Viollet, *Précis d'histoire du droit*, p. 475.

(1) Massat, *op. cit.*, page 6.

sa part de fruits ou de terre ; cette part, loin de passer à telle ou telle personne déterminée, retombera dans la masse commune et appartiendra à tout le monde.

Cette institution fut certainement de peu de durée. La raison nous apprend que le travail en commun ne peut se pratiquer que chez des peuples peu nombreux, que la distribution périodique des terres ne peut s'effectuer qu'entre un petit nombre d'individus. On doit donc conclure qu'après plusieurs générations, la tribu, s'étant considérablement multipliée, dut se désagréger, se subdiviser en une foule de petits groupes secondaires.

Essayons d'indiquer comment ce démembrement s'est opéré.

Dès que la tribu eut abandonné la vie nomade, les relations entre individus se régularisèrent, la filiation paternelle fut seule considérée, les liens de parenté s'établirent. Avec le temps, tous ceux qui descendaient d'un ancêtre commun se groupèrent sur le même point du territoire de la tribu. Grâce à l'usage de l'engrais, ils pourront cultiver les mêmes terres pendant plusieurs années. Bientôt ils s'attacheront à ces terres, ils y creuseront le tombeau qui recevra les ossements de tous les défunts, ils bâtiront des demeures fixes, faites de terre ou de bois (1). La religion consacrera cet état de choses que la coutume a créé.

« L'objet du culte, dit M. Gide, ce ne sont pas les divinités qui règnent sur le monde : chaque groupe a ses dieux à lui. Il adore ses ancêtres, qui de la tombe où ils sont couchés continuent à veiller sur la maison qu'ils ont habitée autrefois. Le chef du groupe est le prêtre, le

---

(1) Massat, *op. cit.*, pages 11 et suiv.

foyer de la maison est l'autel, les sacrifices consistent en oblations de vin, de fruits, faites aux mânes des ancêtres (1). »

Chaque groupe se compose donc de tous les individus issus d'un auteur commun, habitant le même lieu, participant au même culte. Les Romains désignaient ce groupe sous le nom de *gens*, les Grecs l'appelaient γένος. Notre langue française n'a pas d'expression propre pour le caractériser. Des auteurs ont employé les mots *race*, *famille* au 2<sup>e</sup> degré. D'autres, considérant que chaque groupe habitait un territoire séparé et formait à lui seul un hameau, l'ont appelé *communauté de village* (2). Nous adopterons le terme de *famille agrandie*.

La famille agrandie est une tribu au petit pied. Elle se comporte vis-à-vis du territoire qu'elle occupe comme la tribu vis-à-vis de ses vastes possessions, aussi le même mot qui sert à désigner le droit de la tribu sur ses terres, sert-il également à désigner le droit de la famille agrandie sur son territoire. Nous désignerons donc cette seconde phase de l'histoire de la propriété sous le nom de *propriété collective de la famille agrandie* ou bien *propriété collective du village*.

Sous ce régime, comme sous les précédents, chaque individu est propriétaire exclusif de ses armes et de ses vêtements. Quant aux terres, il est certain qu'elles sont partagées périodiquement entre tous les membres de la famille. Tantôt une partie des terres est partagée ; après la récolte, on abandonne cette partie cultivée, on la livre au repos pendant un temps plus ou moins long et

---

(1) Gide, *op. cit.*, page 25.

(2) De Laveleye, *op. cit.*, page 296.

l'on se transporte vers d'autres cantons jusqu'alors incultes. Bientôt toutes les terres sont partagées, et si après une ou plusieurs années on fait un nouveau partage, c'est afin d'allotir les nouveaux venus, utiliser les parts devenues vacantes par suite du décès de quelques copartageants (1).

Pour arriver à la copropriété de famille, il faut faire un nouveau pas dans l'histoire de la propriété. Les membres de la famille agrandie devenant de jour en jour plus nombreux, l'habitation en commun devenant par le fait même impossible, chaque individu doit construire, pour lui, sa femme et ses enfants, une demeure spéciale qu'il entoure d'un verger. Comme tous ceux qui habitent la maison et cultivent le verger possèdent ces biens au même degré, il est naturel de dire qu'ils ont tous les mêmes droits, qu'ils sont tous copropriétaires. La maison et ses dépendances seront donc la propriété de ce petit groupe qui constitue une famille restreinte. Le reste des terres continue à appartenir à la *gens* et à être partagé périodiquement (2). Il est facile de voir qu'à cette époque la copropriété de famille existe côte à côte avec la propriété collective de la *gens* ou famille agrandie. Cet état de choses se prolongera pendant fort longtemps chez certains peuples ; chez d'autres peuples, les biens de la famille restreinte s'agrandiront rapidement au détriment des biens communs, ils finiront même par absorber complètement les biens de la famille agrandie. Nous allons déterminer les règles auxquelles seront soumis les biens de la famille.

---

(1) De Laveleye, *op. cit.*, pages 295 et suiv.

(2) Pictet, *Origines indo-européennes*, Paris, 1859, tome II, p. 402. Garsonnet, *op. cit.*, page 12.

§ 2. — Analyse de la copropriété de famille.

Nous rechercherons quels sont les parents copropriétaires et quels sont les biens de famille, et nous nous demanderons quels sont les droits des copropriétaires.

1. Parmi les parents copropriétaires, il faut placer en première ligne le père de famille et ses descendants, quelquefois la mère ; il arrive aussi que certaines législations ajoutent à cette liste certains proches parents. Tous ces parents sont unis les uns aux autres par un lien très solide, qui est soit l'esprit religieux, soit la puissance paternelle (1). Ils deviennent copropriétaires en entrant dans la famille par naissance ou par adoption, ils cessent d'être copropriétaires en sortant de la famille par émancipation, ou par le mariage s'il s'agit d'une fille.

2. Quels biens appartiennent à la famille ? — Le patri-moine de la famille ne saurait comprendre des meubles : les armes, les vêtements sont soumis à la propriété individuelle, nous le savons déjà. Les meubles meublants, les ustensiles de ménage sont de peu de valeur, ils se détériorent par l'usage, le législateur n'y a jamais attaché d'importance ; les créances ne sont point encore connues ; les troupeaux sont moins considérables qu'autrefois : si nous exceptons les animaux de labour, tous ces meubles sont soumis à la propriété individuelle. Ne sont soumis à la copropriété de famille que les immeubles transmis à la famille par voie de succession. Le père, chef actuel de la

---

(1) Pictet, *op. cit.*, t. II, p. 384. — Fust. de Coul., *Cité antique*, p. 98.

famille, a reçu ces immeubles de ses ancêtres, il doit les conserver comme un dépôt sacré pour les rendre à ses propres enfants quand la mort viendra le surprendre. — Les immeubles que le père aura acquis par son travail ou son industrie lui appartiendront exclusivement, il pourra en disposer seul et librement, en vertu de ce principe que chacun est maître des produits de son travail.

3. Demandons-nous d'abord quels sont les droits des copropriétaires en général, puis nous rechercherons quels sont les pouvoirs spéciaux du père, lequel à sa qualité de chef de famille joint celle d'administrateur des biens de la famille. D'après certains auteurs, la famille constituerait une personne morale qui serait seule propriétaire des biens patrimoniaux ; les membres de cette famille n'auraient simplement que des droits de possession ou de jouissance. La famille ancienne, disent-ils, était composée d'individus étroitement unis, solidairement responsables des dettes contractées par l'un d'eux, des crimes et délits accomplis par l'un d'eux : tous, pris en groupe, avaient un culte, un nom, une certaine puissance ; chacun, pris isolément, était considéré comme rien, car la notion de l'individu n'avait pas encore apparu dans la scène du droit. La famille était donc une véritable société, analogue à nos sociétés commerciales. « Les familles, ajoute M. Marseille, étaient des divisions de la cité comme sont aujourd'hui nos communes, propriétaires d'un certain territoire (1). »

Quant à moi, il me semble bien difficile d'admettre, comme je l'ai déjà dit page 9 dans la note 5, que des hommes primitifs et barbares aient pu s'élever jusqu'à la notion de la

---

(1) Marseille, *op. cit.*, page 70. Jobbé Duval, thèse, *passim*.

personnalité morale. Il me semble que les membres de la famille restreinte avaient sur les biens patrimoniaux les mêmes droits que les membres de la famille agrandie ou village ont sur le territoire du village. Les membres de la famille restreinte sont donc investis d'un véritable droit de propriété, mais ce droit diffère du droit de propriété individuelle à plusieurs points de vue : 1° les parents copropriétaires ne peuvent pas, en principe, mettre fin à la copropriété de famille en demandant le partage des biens paternels ; 2° ils n'ont qu'une sorte de nue-propriété, l'administration et souvent la jouissance des biens de famille appartenant au père et ne pouvant lui être enlevées que dans des cas extrêmement rares ; 3° le nombre des copropriétaires est susceptible de s'étendre à l'infini : chaque enfant légitime que le père procréera acquerra, par le fait même de sa naissance, un droit de copropriété égal à celui des autres enfants.

Les deux théories sont d'accord sur ces trois points, mais elles engendrent des conséquences différentes quand elles arrivent aux importantes questions de l'obligation aux dettes et de la transmission du passif. Si vous soutenez que la famille est une personne morale dont le père est le gérant, vous devez déclarer que la famille est obligée par les engagements contractés par le père : tous les membres de la famille sont donc responsables solidairement des dettes du père. — Quand le père meurt, la famille personne morale ne meurt point, la famille était tenue des dettes *in infinitum*, elle reste tenue des dettes dans la même mesure ; il est donc vrai de dire que les enfants succèdent *ultra vires* aux dettes de leur père. Pour nous, la personne du père est bien distincte de celle des enfants. Nous ne comprenons pas que les enfants soient solidaire-

ment responsables des dettes de leur père, qu'ils soient tenus des dettes de leur père *ultra vires*. Nous donnerons à cette importante question une place spéciale dans notre chapitre 3 ; en montrant que la plupart des peuples anciens n'ont pas connu l'obligation aux dettes *ultra vires*, nous donnerons un excellent argument en faveur de notre théorie.

Pour le moment, je ne parlerai pas du droit de copropriété dont sont investis les membres de la famille : pendant la vie du père, ce droit existe à l'état latent. Les enfants copropriétaires n'ont que le droit de s'opposer aux aliénations des biens de famille que le père voudrait accomplir : quelques législations leur accordent pourtant un droit de surveillance et leur permettent de demander au peuple assemblé la déchéance ou l'interdiction du père dissipateur et prodigue.

Le père joint à la qualité de copropriétaire celle d'administrateur. Le père pourra accomplir tous les actes d'administration, choisir le mode de culture des terres, percevoir les récoltes, disposer des fruits, mais les actes qui dépassent les termes de son mandat lui seront rigoureusement interdits : la vente, la donation, le legs d'un bien de famille lui sont prohibés. On lui permettra cependant de vendre un bien de famille dans un cas de nécessité absolue, pendant une famine, pendant une guerre, etc. ; ou bien il pourra disposer d'un de ces biens quand tous les autres copropriétaires consentiront à l'aliénation. Le père conserve ses pouvoirs d'administrateur pendant toute sa vie, pourtant, quand il est affaibli par l'âge ou les maladies, il peut se démettre volontairement de ses fonctions : il partage alors ses biens entre tous ses enfants. Ce partage produit les mêmes effets que le partage après décès dont nous nous occuperons plus loin.

*Lors de la mort du père.* Dans notre droit, quand une personne vient à mourir, sa succession s'ouvre, et la propriété de ses biens passe à ses héritiers. Dans l'ancien droit les biens de famille étaient soumis à une tout autre loi. Relativement à ces biens l'idée de succession ne se conçoit même pas. Ces biens en effet appartiennent aux membres de la famille, or ces parents étaient copropriétaires avant le décès du père administrateur, ils restent copropriétaires après son décès. Seule la personne de l'administrateur a disparu : elle sera remplacée par une autre personne. Le roi est mort, vive le roi.

Quelquefois les membres de la famille restent unis, continuent à habiter la maison paternelle : ils se placent alors sous la direction de l'un d'eux, le frère aîné ordinairement. Dans ce cas, le patrimoine de la famille ne souffre aucun changement, il reste tel qu'il était du vivant du père.

Le plus souvent, les membres de la famille demandent le partage des biens de la famille. Le partage se fait entre tous les enfants au premier degré et la mère survivante, par portions égales. Les lots sont soumis à des destinées différentes, ceux qui échoient à un célibataire seront sa propriété individuelle, ceux qui échoient à un fils qui est marié ou qui se mariera plus tard, deviendront la propriété de la famille de ce fils.

Jusqu'ici nous ne nous sommes occupés que des biens de famille et nous avons laissé de côté les biens dont le père a la propriété individuelle et exclusive. Il est temps de porter notre attention sur cette seconde catégorie de biens. Le père en est propriétaire dans le sens actuel du mot, il peut en jouir, en disposer à son gré ; il peut les vendre, en faire donation, les léguer, et même les dé-

truire sans que personne puisse s'opposer à l'exécution de sa volonté. Si pourtant il les a conservés intacts et s'il n'en a pas disposé par testament, il les transmettra à ses enfants par voie de succession. Mais, chose remarquable, en passant entre les mains des enfants, les immeubles acquis par le père (1) changeront de nature. Entre les mains du père, ils étaient soumis à la propriété individuelle. Ils vont devenir le patrimoine de la famille de chaque enfant, ils seront soumis au régime de la copropriété de famille. Ce changement de nature ne doit pas nous surprendre. Si le père pouvait disposer de ses acquêts, c'est qu'il était maître des produits de son travail. Le fils, au contraire, ayant reçu ces biens par succession, les ayant acquis sans travail, il est tout naturel de dire qu'il les a reçus moins comme un don que comme un dépôt.

### § 3. — Destinée de la copropriété de famille.

De même que nous sommes passés de la propriété collective de la tribu, puis de la famille agrandie à la propriété de la famille restreinte, non point brusquement et par secousses, mais lentement, et par gradations insensibles; de même nous passerons du régime de la copropriété de famille au régime de la propriété individuelle en suivant une pente douce et à peine perceptible (2).

Nous verrons d'abord la catégorie des biens qui appartiennent au père, à titre de propriété individuelle et exclusive, aller sans cesse en augmentant, elle comprendra les

---

(1) On leur donne le nom d'*acquêts*.

(2) Massat, *op. cit.*, p. 14. Boissonnade, *op. cit.*, page 180.

monnaies d'or et d'argent, les créances, en un mot les meubles, qui acquerront désormais une valeur considérable. D'un autre côté les larges pouvoirs d'administration que la loi accorde au père deviendront de jour en jour plus grands, on permettra au père d'échanger librement un bien de famille, on multipliera les exceptions au principe de l'inaliénabilité des biens patrimoniaux, bientôt, il suffira que l'aliénation d'un bien de famille soit reconnue utile pour qu'elle soit à l'abri de toute réclamation de la part des autres copropriétaires. Il semble qu'à ce moment on aurait dû supprimer complètement la théorie de la copropriété de famille, devenue lettre morte, mais comme ce régime avait subsisté pendant de longues années, il avait laissé dans les institutions des peuples des racines si profondes, qu'il était difficile de les extirper complètement. Quoique en fait, la copropriété de famille ait disparu, son influence existe encore, elle enveloppe de mille entraves le droit de propriété individuelle. Ces entraves, ce sont les retraits, les fidéicommiss, les réserves, etc. : ce n'est qu'après des efforts considérables que les législateurs se débarrasseront de ces entraves dont quelques-unes subsistent encore aujourd'hui.

Je n'entrerai pas dans le détail des causes qui ont entraîné la disparition de la copropriété de famille : atténuation de la puissance paternelle, oubli des cultes privés, extension considérable des relations commerciales : nous les retrouverons exposées plus au long dans nos chapitres suivants.

Comme l'histoire des peuples aryens est la seule qui nous soit connue, nous nous bornerons à étudier la copropriété de famille chez ces peuples seulement. Pour nous conformer aux exigences du programme officiel, nous divi-

serons notre dissertation en deux parties, la première consacrée aux législations anciennes et principalement à la législation romaine ; la seconde, aux législations plus récentes et surtout à la législation française. Enfin, dans quelques pages que nous ajouterons sous forme de *Conclusion*, nous donnerons une appréciation critique de la copropriété de famille.

---



# PREMIÈRE PARTIE

---

## LÉGISLATIONS ANCIENNES

---

Les peuples de race aryenné les plus anciens sont les Hindous, les Hébreux, les Grecs et les Romains (1). Les Hindous et les Hébreux habitaient primitivement les vastes territoires compris entre le Tigre, l'Euphrate et le Caucase. Ces territoires se nommaient autrefois Arye, d'où le nom d'Aryens donné aux peuples qui les ont habités (2).

Vers la fin du siècle dernier et au commencement de ce siècle, des savants français et allemands ont consacré tous leurs efforts à l'étude de la langue sanscrite qui était parlée par les premiers Hindous; ils ont noté les rapports intimes et nombreux qui existent entre cette langue et toutes les

---

(1) Pictet, *op. cit.*, page 33.

(2) On les appelle aussi peuples japhétiques.

langues européennes : identité d'une foule de mots et de radicaux, analogie parfaite entre les formes du génitif, les temps des verbes, les tournures de phrases ; ils ont conclu que toutes les langues européennes étaient dérivées du sanscrit ; et en vertu de ce principe que tous les hommes qui parlent une même langue appartiennent à la même nation, ils ont conclu que les Européens et les Hindous descendaient du même peuple, le peuple aryen (1). La craniologie a confirmé cette donnée. Aujourd'hui, la science a fait de nouveaux progrès, elle a découvert de nouvelles ressemblances entre les Européens et les Hindous, elle a prouvé que les institutions primitives de tous ces peuples sont les mêmes (2). Nous mettrons à profit ces récents travaux et nous essayerons de démontrer que la copropriété de famille s'est rencontrée avec les mêmes caractères chez les peuples de race aryenne, surtout chez les peuples anciens. La logique exigerait que nous consacrons un chapitre spécial à chacun de ces peuples, mais, pour éviter des redites, nous diviserons notre première partie en deux chapitres : l'un relatif aux peuples orientaux, Hindous, Hébreux et Grecs, l'autre réservé exclusivement aux Romains.

---

(1) Pictet, *op. cit.*, page 5.

(2) De Valroger, *op. cit.*, page 18. — Gautier, p. 18.

## CHAPITRE I<sup>er</sup>

---

### Peuples orientaux.

---

Nous diviserons ce chapitre en deux sections : Origine de la copropriété de famille. — Etude et destinée de la copropriété de famille.

#### SECTION I<sup>re</sup>

##### ORIGINE DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE.

HINDOUS. — Les savants modernes s'accordent à admettre que les Hindous sont sortis de la Mésopotamie et sont parvenus dans l'Inde par voie d'émigration. Il est probable qu'à cette époque reculée, ils devaient constituer un peuple pasteur. Arrivés dans l'Inde, les Hindous ont cultivé l'orge et le riz et ont possédé la terre en commun. Néarque, contemporain d'Alexandre le Grand, a vu les habitants de plusieurs villages hindous cultiver ensemble le sol, mettre les

fruits en commun, puis se les partager entre eux (1). Cet usage que nous rencontrons chez les Germains, les Slaves et chez plusieurs peuplades de l'Océanie, est un indice de la propriété collective de la tribu qui a dû exister autrefois dans toute la péninsule. Cette propriété collective s'est maintenue jusqu'à ces derniers temps chez les Todas (2), qui habitent les plateaux des montagnes Bleues, et qui depuis des siècles sont complètement isolés des autres habitants de l'Inde.

A cette première forme de la propriété succéda la propriété collective du village ou de la famille agrandie. Je suis porté à assimiler ces deux expressions, puisque dans la tradition populaire de l'Inde, tous les habitants d'un village sont réputés issus d'un auteur commun (3). Les communautés de village existent encore aujourd'hui dans de nombreux cantons du centre et du sud de la péninsule. N'allons pas croire que dans ces villages, tous les biens, meubles ou immeubles, soient communs entre tous les habitants. Ce qui appartient à tous, ce sont les terres : les meubles, les vêtements, etc., sont la propriété exclusive de chaque individu ; les maisons sont la propriété de la famille restreinte. La propriété collective du village ne porte donc que sur les pâturages, les forêts et les terres labourables. Les pâturages et les forêts, dit M. de Laveleye (4), sont indivis entre tous les habitants. Chacun envoie ses troupeaux dans les prairies communes, chacun coupe à son gré dans les forêts ce qui lui est nécessaire. Quant aux

---

(1) Viollet, *du Caractère collect*, pages 466 et suiv. — De Laveleye, *op. cit.*, page 66.

(2) Colonel Marshall, *Revue scientifique* du 28 mars 1874.

(3) Garsonnet, *op. cit.*, page 12.

(4) De Laveleye, *op. cit.*, page 80. — Garsonnet, *op. cit.*, pages 13 et suiv.

terres arables, elles sont réparties par lots entre tous les habitants. Chaque individu adulte reçoit un lot pour une ou plusieurs années, il le cultive, il en perçoit la récolte qu'il garde pour lui seul. Après le temps fixé, toutes les terres sont réunies en une seule masse, et l'on procède à un nouveau partage (1).

Je n'entrerai pas dans le détail de cette curieuse institution qui ne se rattache qu'indirectement à mon sujet. Je me bornerai à citer deux des conséquences les plus remarquables de cet état de choses : 1° Quand un individu meurt, le lot qu'il cultivait fait retour à la masse commune, pour être partagé avec cette masse entre tous les habitants du village. On peut donc dire que tous les habitants du village sont héritiers du défunt. — 2° Puisque les terres appartiennent au village, les individus simples détenteurs ne peuvent transférer à autrui une propriété qu'ils n'ont pas. Les lots sont donc inaliénables.

La propriété collective du village, qui existe encore aujourd'hui dans quelques cantons du centre et du sud, a existé autrefois sur tous les points de l'Hindoustan, car dans tous les villages on trouve des traces de son existence. Citons seulement deux faits. Quand un Hindou meurt sans parents, sa succession est partagée entre tous les habitants de son village pourvu qu'ils soient de la même classe que lui. Un auteur anglais rapporte qu'à une époque reculée, tous les habitants d'un village pouvaient s'opposer aux ventes immobilières que l'un d'eux se proposait de faire (2). Si tous les habitants du village sont héritiers, s'ils peuvent s'opposer à la vente des biens d'un de leurs con-

---

(1) Viollet, passage cité.

(2) Viollet, *op. cit.*, page 482.

citoyens, c'est qu'ils ont un certain droit sur ses biens. Ce droit, c'est un vestige de l'ancien droit de propriété collective.

Il nous est impossible d'indiquer quelle était la composition de la famille agrandie propriétaire du territoire. M. Gautier (1) pense que la communauté hindoue avait la même organisation que la *gens* romaine, mais il est difficile d'apporter des preuves convaincantes à l'appui de cette thèse.

Les habitants du Bengale et du sud de l'Hindoustan ont pour la plupart abandonné cette forme primitive de la propriété, ceux qui la pratiquent encore ne lui consacrent qu'une place relativement restreinte. Sous l'influence des idées religieuses, ils ont depuis de longues années, adopté le régime de la copropriété de famille. Leur religion panthéiste enseigne que les âmes des morts ne pénètrent pas immédiatement au séjour du bonheur, elles passent d'abord par des états intermédiaires, états de souffrances et d'épreuves, d'où elles ne peuvent sortir qu'autant que la colère de Brahma a été apaisée par des sacrifices, lesquels ne peuvent être offerts que par des descendants du défunt (2). Tout Hindou est donc dominé par cette double préoccupation : assurer le repos de ses ancêtres en accomplissant les cérémonies religieuses, et préparer son propre bonheur en procréant des enfants qui à leur tour lui rendront le même service. « Par un fils, l'homme gagne les mondes célestes, par un petit-fils, il obtient l'immortalité, par le fils de son petit-fils, il s'élève au séjour du soleil (3). » — « Celui-là

---

(1) Gautier, *op. cit.*, page 25.

(2) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, page 33.

(3) Manou, IX, 137. — Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 58.

seul est un homme parfait qui se compose de lui-même, de sa femme et de son fils (1). » L'Hindou vit pour ses ancêtres et pour ses enfants, son individualité s'absorbe dans celle de sa famille. « La loi hindoue, dit Gibelin, s'occupe des ancêtres beaucoup plus que des descendants.... C'est sur la piété filiale que le législateur base tout l'édifice de ses lois. Dans le but qu'il s'est proposé, ce n'est pas à l'avenir qu'il donne sa sollicitude, c'est au passé. Il s'inquiète peu d'un individu mortel, ce qui le préoccupe, c'est la famille qui survit à tous. Il crée ainsi un être de raison, un corps social qui ne doit plus périr. Les individus s'effaceront ainsi devant la famille.... (2). » La conséquence logique de cette idée était de donner à la famille un patrimoine. C'est dans ce but que l'on a organisé la copropriété de famille.

HÉBREUX. — Les Hébreux, comme les Hindous, sont les descendants de <sup>Japhet</sup> Japhet. Ils constituèrent d'abord un peuple de pasteurs (3) placés sous la direction d'un patriarche. Ils errèrent longtemps dans les plaines de la Mésopotamie et de la Syrie, puis ils entrèrent en Egypte et enfin ils se fixèrent définitivement en Palestine. Je ne retracerai pas leur histoire qui est connue de tout le monde. Je me bornerai à examiner les questions suivantes : les Hébreux ont-ils connu la propriété collective de la tribu, la propriété collective de la famille agrandie.

Pour résoudre ces questions, nous nous placerons aux trois époques suivantes : avant l'arrivée des Hébreux en Egypte ; pendant leur séjour en Egypte ; lors de leur arrivée en Palestine.

---

(1) Manou, IX, 45.

(2) Crémazy, *Nouv. Rev. hist.*, 1878.

(3) *Pastores ovium sumus*. Gen , ch. 47, vers 3.

1<sup>re</sup> époque. — On a soutenu que le patriarche était seul propriétaire des terres qu'il parcourait à la tête de sa peuplade, et, pour prouver que la propriété individuelle des terres était connue à cette époque, on invoque un passage de la Genèse où il est dit qu'Abraham a acheté le champ d'Ephron pour y creuser le tombeau de Sara (1). — Je considère ce fait comme un fait isolé d'où l'on ne peut tirer aucune conséquence. La propriété naît du travail, et les Hébreux ne cultivaient pas la terre ; comment donc en auraient-ils été propriétaires ? Abraham lui-même dit à ceux qui lui ont vendu un champ : « Je suis un étranger et un pèlerin. » Il ne fait que traverser les prairies de l'Asie, il passe quelquefois sur des terres occupées par des hommes d'une autre race, mais lui n'est pas propriétaire. Les textes ne parlent jamais de propriété foncière. *Valde dives erat in possessionibus auri et argenti...* (2) *habuit possessiones ovium et armentorum...* (3). La propriété ne portait que sur des meubles. — Donnons un dernier argument. On lit dans le chapitre XXI de la Genèse qu'Abraham, étant campé dans un certain endroit, y creusa un puits. Les serviteurs d'Abimélec, roi d'une peuplade étrangère, s'emparèrent par violence de ce puits. Abraham se plaignit et jura que le puits lui appartenait parce qu'il l'avait creusé : *quoniam ego fodi puteum istum*, puis un traité de paix fut conclu avec grandes cérémonies. Si Abraham eût été propriétaire du sol, il eût été par le fait même propriétaire du puits. Mais, loin d'invoquer le droit de propriété du sol, il s'appuie sur ce que lui-même a

---

(1) Genèse, chap. 23.

(2) Genèse, chap. 13, vers. 2.

(3) Genèse, chap. 26, vers. 14.

creusé le puits. C'est qu'il est propriétaire du puits seul, la terre, au contraire, appartient à tout le monde, ou mieux, n'appartient à personne (1).

Bref, avant leur arrivée en Egypte, les Hébreux ignoraient complètement la propriété du sol (2).

2<sup>e</sup> époque. — Parvenus en Egypte, les Hébreux reçurent à titre de concession, la terre de Gessen. En étaient-ils propriétaires? Il me semble bien difficile de soutenir l'affirmative. Les termes même qu'emploie l'historien sacré pour désigner le droit des Hébreux sur la terre de Gessen, *habitare, possidere* (3), loin de faire allusion au droit de propriété, n'expriment qu'une idée de possession. Pharaon considérait les Hébreux comme ses serviteurs, le peuple les traitait en esclaves et les employait aux travaux les plus pénibles : ces deux traits montrent jusqu'à l'évidence que les Hébreux n'étaient que de simples colons, car, s'ils eussent été propriétaires, ils eussent été libres et indépendants.

3<sup>e</sup> époque. — Ce n'est qu'après l'arrivée des Hébreux dans la terre promise que nous rencontrons l'appropriation du sol. Ont-ils connu, comme les Hindous, le régime de la propriété collective de la tribu? L'histoire sainte ne fait aucune allusion à un semblable état de choses. Pour moi, il est très probable que les Hébreux n'ont pas

---

(1) Giraud, page 6. Garsonnet, *op. cit.*, page 11, note 2.

(2) Il est certain qu'à cette époque les Hébreux connaissaient la propriété individuelle et exclusive des armes, des vêtements, ustensiles mobiliers, mais il est bien difficile de savoir si les troupeaux étaient soumis à ce régime. On admet généralement que le patriarche était seul propriétaire de tous les troupeaux. Ismaël, quoique fils d'Abraham, n'emporte avec lui qu'un pain et une outre; s'il eût été propriétaire d'un troupeau, il l'eût emmené. Voir sur ce point Jobbé-Duval et Boissonnade, *ouv. cité*.

(3) Genèse, chap. 46, vers. 27.

connu ce régime. Sortis d'un pays où l'agriculture était très florissante, ils ont sans doute compris que le régime du travail en commun ou de l'allotissement périodique était peu compatible avec le mode perfectionné de culture qu'ils connaissaient ; d'un autre côté, la famille ayant déjà reçu son organisation définitive, la propriété avait dû accomplir, elle aussi, une évolution correspondante au progrès réalisé par la famille. Pourtant, les tribus de Gad et de Ruben, qui avaient reçu de Moïse les terrains situés à l'est du Jourdain, ont dû posséder ces terrains en commun pendant quelques années. Les guerriers appartenant à ces tribus, suivant le reste des Hébreux à la guerre, ont laissé dans leurs terres les femmes, enfants, vieillards. Il est probable que cette partie de la population a possédé les terres en commun jusqu'au moment du partage, qui eut lieu après l'issue de la guerre (1).

J'ai de fortes raisons de croire que les Hébreux ont été soumis au régime de la propriété collective de la famille agrandie. La Bible, en effet, nous apprend que chaque tribu était subdivisée en plusieurs familles agrandies (2). La tribu de Ruben, par exemple, comprenait les familles des Hénocrites, des Héfronites, des Charmites, etc. Chaque famille agrandie se subdivisait en *domus* ou familles restreintes. Nous avons peu de renseignements sur l'organisation de la famille agrandie. Nous savons seulement qu'elle était gouvernée par un prince, que tous les guerriers appartenant à chaque famille formaient autant de groupes séparés dans l'armée juive, ayant chacun son étendard, son camp. Enfin, on recommandait aux hommes

---

(1) Deutéronome, chap. 3. — Josué, chapitres 13 et 22.

(2) Nombres, chap. 26.

de se marier avec une femme de leur famille. Chaque famille agrandie avait son territoire (1). La terre promise, en effet, avait été divisée en douze régions, le sort assigna une région à chaque tribu. Après ce partage, les princes des familles de chaque tribu se réunirent et partagèrent, par voie de tirage au sort, le territoire de la tribu entre toutes les familles agrandies. *Sors terram dividat tribubus et familiis... per tribus et familias possessio dividetur.* .

Qu'arriva-t-il après ce partage ? Un nouveau partage eut-il lieu immédiatement après le premier entre tous les individus ? Je crois que les terres assignées aux familles agrandies furent laissées pendant plusieurs années dans l'indivision ; il est probable qu'alors les princes des familles répartissaient périodiquement les terres entre chaque *domus* ou familles restreintes, donnant aux pères d'une nombreuse famille des lots plus grands, aux célibataires des lots très petits. C'est ainsi que j'explique ces mots des passages précités : *istis dividetur terra juxta numerum vocabulorum in possessiones suas. Pluribus majorem partem dabis, paucioribus minorem...* Des vestiges de cette propriété collective de la famille agrandie se sont conservés très longtemps.

On lit dans le Deutéronome (2) : « Quand tu entreras dans la vigne de ton voisin, tu mangeras autant de raisins que tu voudras, mais ne conduis pas avec toi un homme du dehors. » Même droit est accordé à ceux qui traversent un champ de blé. Ce droit est certainement un vestige de ce droit de copropriété dont jouissaient tous les membres de la famille agrandie sur les terres de cette famille.

---

(1) Nombres, chap. 26 et 33.

(2) Deutéronome, chap. 25, vers. 19 et 20.

Il est très probable que cette forme de la propriété ne dura pas longtemps, elle fut remplacée par la copropriété de famille.

GRECS. — Les origines de la Grèce sont entourées d'une obscurité impénétrable. Etant donné que les Grecs appartiennent à la race aryenne, il y a tout lieu de croire qu'ils sont sortis de la Mésopotamie ou de la Syrie, et qu'ils ont pénétré dans la Grèce étant encore à l'état patriarcal (1). Les Grecs, comme les Hindous et les Hébreux, ont connu et pratiqué de tout temps la propriété individuelle et exclusive des armes, vêtements et autres meubles. Relativement aux terres, ils ont connu la propriété collective de la tribu. M. Viollet, qui a étudié soigneusement cette question, donne de nombreuses preuves que je vais rapporter en les résumant.

Les traditions grecques racontent toutes qu'un partage des terres a été fait, qu'avant ce partage les terres étaient communes. Diodore de Sicile parle du partage fait dans les Cyclades, chez les Doriens. Chez les Spartiates, un partage aurait été fait par Lycurgue, vers 800 ou 900 av. J.-C., un autre par Agis. Pythagore proposa aux habitants de la Grande Grèce le retour à la communauté primitive des terres, et sa proposition fut acceptée par vingt mille personnes. Tous ces faits prouvent bien que le souvenir de l'ancienne propriété collective de la tribu était encore bien vivace dans l'esprit des Grecs ! Sous Auguste, lorsque les Rhodiens colonisèrent les îles Lipari, ils se divisèrent, comme les Suèves et les Germains, en deux classes, l'une cultivait la terre, l'autre était chargée de la défendre. Les

---

(1) Grote, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> partie, chap. 2.

fruits récoltés étaient mis en commun et partagés entre tous les habitants. Ce que les Rhodiens ont fait en arrivant dans les îles Lipari, les Hellènes ont dû le faire en arrivant dans la Grèce. M. Viollet rencontre trois vestiges de la propriété collective de la tribu : 1<sup>o</sup> Usage des repas communs : si l'on consommait en commun les fruits de la terre, c'est que la terre appartenait à tous, c'est que la terre était possédée en commun. 2<sup>o</sup> A Tarente, les pauvres avaient le droit de jouir, dans une certaine mesure, des propriétés individuelles; cette coutume s'explique mieux par le souvenir d'un communisme ancien que par la philanthropie. 3<sup>o</sup> Les ventes faites par les particuliers étaient criées en public afin qu'il fût libre à tout venant de réclamer et de contester. Dans certains cantons, l'acquéreur devait donner une pièce de monnaie aux voisins du vendeur. Tous ces usages reposent sur cette idée que les voisins, les concitoyens du vendeur ont un certain droit sur la chose vendue. Ce droit, c'est un vestige de l'ancienne propriété collective de la tribu (1).

Les Grecs ont été soumis au régime de la propriété collective de la famille agrandie ou γένος. La γένη, subdivision de la tribu, était composée, d'individus intimement unis les uns aux autres, participant au même culte, accomplissant les mêmes rites, obéissant au même chef. Les membres de la γένη combattaient au même rang, ils se protégeaient les uns les autres et devaient se marier avec des femmes appartenant à la même famille qu'eux-mêmes. Il est très probable que chaque γένη était propriétaire d'un certain territoire : Plutarque (2) raconte en effet qu'autre-

---

(1) Viollet, *op. cit.*, pages 470 et suiv. — Garsonnet, *op. cit.*, page 19.

(2) Plutarque, *Thésée*, 13 et 24.

fois les habitants de l'Attique étaient divisés en familles, Eumolpides, Cécropides, Lakiades, etc., que chaque famille, entourée de ses branches cadettes et de ses clients, habitait un village : les Eumolpides demeuraient à Eleusis, les Cécropides habitaient le lieu qui fut plus tard Athènes. Certains peuples conservèrent cette organisation pendant longtemps : les Locriens, les Ozoles, les Akarnaniens, les Etoliens demeurèrent jusqu'à une époque avancée dans des villages épars (1). Chaque γένη habitait donc un territoire bien déterminé qu'elle savait défendre contre les excursions et les pillages des γένοις voisines, dont elle interdisait l'entrée aux étrangers ; n'est-ce point parce qu'elle était propriétaire de ce territoire (2) ? Certains faits ne peuvent s'expliquer que comme une application de cette propriété collective de la γένη : j'en citerai seulement deux : 1<sup>o</sup> Les individus ne pouvaient autrefois vendre le lot de terre qu'ils cultivaient : c'est qu'ils n'étaient pas propriétaires exclusifs de cette terre, c'est qu'ils n'avaient que la jouissance de cette terre dont la propriété appartenait à la γένη. 2<sup>o</sup> A l'époque de Solon, la succession d'un individu qui ne laissait pas d'agnats (ἀγχιστεῖς) était dévolue, non pas aux collatéraux ordinaires, aux parents par le sang (συγγένεια), mais aux membres de la γένη. On ne peut raisonnablement expliquer cette dévolution qu'en la considérant comme un vestige de la propriété collective de la gens : à l'époque où ce régime florissait, les lots accordés à chaque individu faisaient retour à la masse commune lors du décès de cet individu. Nous avons trouvé ce droit de retour chez les Hindous, nous le rencontrerons encore à Rome.

---

(1) Grote, *op. cit.*, tome II, p. 161.

(2) Grasshoff, *op. cit.*, pages 9 et suiv. — Garsonnet, *op. cit.*, page 22.

## SECTION II

### ÉTUDE DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE.

Nous rechercherons d'abord quels sont les parents copropriétaires, et quels biens sont soumis au régime de la copropriété de famille puis nous examinerons quels sont les droits de la famille, pendant la vie et lors de la mort du père de famille.

#### § 1<sup>er</sup>. — Composition de la famille copropriétaire.

La famille hindoue (1) se compose du père, de la mère et de leurs descendants mâles. Le père est le chef et le pontife de la famille. En qualité de pontife il accomplit les sacrifices funèbres, il dépose sur la tombe des ancêtres les gâteaux et le lait. En tant que chef, il n'a jamais eu le droit de vie et de mort, car la religion prohibe toute espèce de meurtre, mais il est investi d'une autorité très grande. Autrefois il avait le droit de vendre sa femme et

---

(1) Le Code de Manou (*Manava Dharma Sastra*) est le plus ancien monument du droit hindou. Des auteurs en font remonter l'apparition à plus de mille ans avant notre ère. Il contenait primitivement cent mille distiques ou slokas. Il fut abrégé successivement en douze mille, puis quatre mille slokas. Actuellement, il contient 2 685 slokas divisés en 9 livres. On croit que cette dernière rédaction date du commencement de notre ère.

Le Code de Yajnyawalkya, moins ancien que le précédent, contient 1,023 slokas. Le commentaire de ce Code appelé Mitacshara jouit dans l'Inde d'une grande autorité. (Boissonnade, *op. cit.*, page 12 et surtout Boscheron-Desportes, *op. cit.*, pages 308 à 316).

ses enfants : aujourd'hui ce droit ne lui est reconnu que dans quelques régions du nord, et encore on exige que le père soit dans une extrême misère (1) Dans l'ancien droit, le père était propriétaire de sa femme et de ses enfants (2). La conséquence de ce principe était que toutes les acquisitions de la femme et des enfants appartenaient au père. « Une épouse, un fils sont déclarés par la loi ne rien posséder par eux-mêmes : tout ce qu'ils peuvent acquérir est la propriété de celui dont ils dépendent (3). » Certains jurisconsultes plus récents ne donnent au père qu'un droit d'usufruit sur les acquisitions de ses enfants. La puissance paternelle dure pendant toute la vie du père.

La mère fait partie de la famille de son mari, elle est devenue par son mariage étrangère à sa famille naturelle, elle n'est plus considérée que comme la propre fille de son mari. « La femme, pendant son enfance dépend de son père, pendant sa jeunesse de son mari... jour et nuit il faut que les femmes soient tenues en état de subordination, une femme n'est jamais capable d'indépendance (4). » La dot de la femme devenant la propriété du mari, la femme, par une juste compensation, devient copropriétaire des biens de celui-ci. Elle prendra, lors de la mort de son mari, une part de ces biens, mais elle tombera sous la tutelle de ses enfants. « A la mort de son mari, la femme dépend de son fils, etc. (5) »

Les fils, leurs épouses et leurs enfants mâles constituent le reste de la famille. Ils sont dans un état de subordina-

---

(1) Crémazy, *op. cit.*

(2) Yanavalcy, II, 175.

(3) Manou, VIII, 416.

(4) Manou, V, 147.

(5) Boissonnade, *op. cit.*, page 25.

tion complète, mais les pouvoirs exorbitants dont le père est investi sont tempérés par un amour immense et par les croyances religieuses. Le fils est le sauveur de son père (poutrah), aussi le père doit-il éviter avec le plus grand soin tout ce qui pourrait compromettre l'existence de son fils. Quand un homme n'a pas de fils, la religion lui fait un devoir de recourir à l'adoption. L'adoption était singulièrement facilitée dans l'Inde ancienne, on comptait jusqu'à douze espèces d'enfants adoptifs : le fils d'un frère désigné, le petit-fils par les femmes ; le fils de l'épouse autorisée, c'est-à-dire l'enfant né de l'épouse et du plus proche sapinda (1) du mari. Les lois anglaises ont prohibé plusieurs de ces pratiques. L'enfant adopté devient étranger à sa famille naturelle, il entre dans la famille de l'adoptant, et y occupe la place d'un enfant légitime (2).

Les filles n'étant point propres à offrir les sacrifices funèbres ne font pas partie de la famille et comme conséquence n'ont aucun droit de copropriété sur les biens de famille. Elles sont sous la tutelle de leur père, à sa mort, elles n'ont droit qu'à une dot ou à des aliments ; aux filles, on doit assimiler les fils impropres aux sacrifices ; tels sont les enfants naturels, les enfants atteints d'une maladie incurable, etc. (3).

Sur la composition de la famille copropriétaire en Judée et en Grèce, nous ne possédons aucun document certain. Faut-il compter la mère, les filles, les proches parents collatéraux au nombre des parents copropriétaires ? Sur ces différents points, les auteurs sont loin d'être d'accord.

Le père de famille est investi d'une puissance très

---

(1) On appelait sapindas, les parents par les mâles jusqu'au 6<sup>e</sup> degré.

(2) Boissonnade, *op. cit.*, p. 37.

(3) Boissonnade, *op. cit.*, p. 27.

grande. Il avait autrefois le droit de vie et de mort (1). Chez les Hébreux, ce droit disparut de bonne heure. On lit dans le Deutéronome que le père mécontent de son fils peut le livrer aux juges qui apprécieront sa conduite et le condamneront à être lapidé. A Athènes, Solon défendit aux pères de tuer et de vendre leurs enfants, mais il leur laissa un droit considérable : le père qui avait de graves sujets de plainte contre son fils déclarait solennellement qu'il cessait de le reconnaître pour tel ; le magistrat recevait cette déclaration et un héraut la proclamait. Cette abdication faisait cesser la puissance du père, mais elle privait le fils de tout droit à l'héritage paternel. L'archonte veillait à ce que les pères n'abusassent point du droit d'abdication (2).

La puissance paternelle durait pendant toute la vie du père (3).

En Judée, la fille qui se mariait entraît dans la famille de son mari, *in gredi in domum mariti*. Les textes nous la représentent comme ne formant qu'une même chair avec son mari. Enfin, la veuve sans enfants héritait des biens de son mari, mais le plus proche parent du mari pouvait revendiquer la femme et ses biens, et le premier enfant qui naissait de cette seconde union était réputé fils du mari défunt (4). A Athènes, la femme, pendant son mariage, était sous la puissance de son mari. Le mari, sur le point de mourir, pouvait imposer un tuteur à sa femme ; s'il ne le faisait pas, c'était l'héritier légitime du mari qui devenait tuteur. Cette tutelle avait pour but d'empêcher la

---

(1) Genèse, ch. 22.

(2) Plutarque, *Solon*, § 44.

(3) Exod., ch. 20.

(4) Ruth., ch. 4.

femme de disposer des biens provenant de son mari, biens qu'elle avait recueillis à titre de copropriétaire (1).

Les fils légitimes sont certainement copropriétaires. L'orateur Isée (2) déclare que le testament paternel est inutile en faveur des enfants, puisqu'il leur donne des biens qui leur *appartenaient* déjà. Chez les Hébreux, la loi ne prend pas la peine d'appeler les fils à la succession de leur père : c'est qu'ils sont déjà propriétaires de ses biens (3). Les fils naturels, au contraire, ne font point partie de la famille. L'adoption est en honneur chez les Grecs et les Hébreux, comme chez tous les peuples qui attachent une importance considérable à la famille. A Athènes, celui qui n'a pas d'enfant peut adopter un étranger ; celui qui a une fille peut adopter le mari de cette fille. En Palestine, nous trouvons la lévitation : quand un homme meurt sans enfants, la veuve peut contraindre le frère du défunt à lui donner un rejeton, qui continuera la famille du défunt (4).

Les filles sont-elles copropriétaires ? La question est délicate. Si les filles étaient copropriétaires, elles prendraient dans les biens de famille une part semblable à celle attribuée aux fils ; et les textes nous apprennent que les filles n'héritent qu'à défaut de fils ; quand elles sont en concurrence avec leurs frères (5), elles n'ont droit qu'à une dot.

Ce droit de préférence attribué aux mâles à égalité de degré, relativement aux immeubles, me paraît être un

---

(1) Démost., *pro Phorm.*

(2) Isée, *de Phil.*, 528.

(3) Jean, chap. 16 et 17 : *omnia quæcunque habet pater, mea sunt.*

(4) Deutér., ch. 25, vers. 5, et Caillemet, *op. cit.*, pages 25 et suiv.

(5) Isée, *de Cleon. hered.*, § 4, et Boissonnade, *op. cit.*, p. 54.

vestige d'un ancien état de choses, le souvenir d'une époque où la terre ne pouvait appartenir qu'aux hommes. Chez les Francs, lors de la première rédaction de la loi salique, les filles étaient, dans tous les cas, exclues des successions immobilières; lors de la deuxième rédaction, cette exclusion se réduisit en un simple droit de préférence accordé aux mâles; un siècle plus tard, elles furent placées sur le même rang que leurs frères. La même métamorphose a dû se produire chez les Hébreux et chez les Grecs. A l'époque où nous sommes, il me semble que les filles sont copropriétaires, car leur seule présence suffit à enlever au père le droit de disposer librement de ses immeubles, mais leur droit, considérablement restreint par la présence de leurs frères, ne prend son entier développement que lorsque les filles sont seules héritières (1).

Reste une dernière question. Les proches parents collatéraux font-ils partie de la famille copropriétaire? Il se peut que dans l'ancien droit grec les proches parents aient été copropriétaires, mais aucun des documents que nous avons pu recueillir ne les considère comme tels; bien mieux, depuis les réformes de Solon, il est manifeste que les collatéraux ne sont pas copropriétaires. Chez les Hébreux, la question me semble impossible à résoudre. En faveur des collatéraux, on dit que les biens de leur parent décédé sans enfants doivent leur revenir nécessairement, car l'ordre des successeurs, déterminé par Moïse (2), ne doit pas être changé par un testament, on ajoute que les proches parents ont le droit de se substituer aux étrangers qui voudraient acheter un immeuble appartenant à leur

---

(1) Garsonnet, *op. cit.*, p. 23.

(2) Nombres, ch. 26.

parent (1). Mais alors quels seront les collatéraux privilégiés qui jouissent du droit de copropriété? Les plus proches, dites-vous! Mais cette expression est bien vague. — Peut-être sont-ce tous les parents au degré successible? Nous trouverons une solution semblable dans la section deuxième de notre chapitre 4 réservé au droit français.

§ 2. — Quels biens appartiennent à la famille?

Avant Solon, dit Plutarque (2), on ne pouvait disposer de ses biens; ils appartenaient de droit à la famille, Platon, dans ses *Lois* (3), exprime la même idée: « Je vous déclare donc, en qualité de législateur, que je ne vous regarde point, ni vous ni vos biens, comme étant à vous-mêmes, mais comme appartenant à toute votre famille, tant à vos ancêtres qu'à votre postérité. » Enfin, le Mitaschara (4) déclare d'une manière très générale que la propriété a son origine dans la naissance. N'allons pas prendre ces textes à la lettre et penser que toutes les choses possédées par le père de famille et chacun des membres de la famille appartiennent à la famille. La raison nous indique qu'un grand nombre d'objets appartiennent à chacun

---

(1) Lévitique, chap. 25, vers. 25. *Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam et voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderat.*

Vers. 47. *Si invaluerit apud vos manus advenæ atque peregrini et attenuatus frater tuus vendiderit se ei, aut cuiquam de stirpe ejus, post venditionem potest redimi. Qui voluerit ex fratribus suis redimet eum, etc.*

(2) Plutarque, *Solon*, § 40.

(3) Platon, *XI*, 301 à 303.

(4) Cité par Boscheron-Desportes, *Rev. hist.*, t. I, page 316.

à titre de propriété exclusive. Je pense qu'à part certaines exceptions, tous les meubles ne sont pas soumis à la copropriété de famille. A Athènes, la distinction des meubles et des immeubles existe depuis un temps immémorial (1). Les meubles pouvaient être légués (2), échangés, donnés : c'est qu'ils appartenaient au père seul. Les mêmes usages étaient pratiqués chez les Hébreux. Chez les Hindous, Manou considère comme biens de famille les bijoux et vêtements précieux dont on se couvre dans les grandes cérémonies, les autres meubles sont soumis à la propriété individuelle. Ce ne sont pas tous les immeubles, ce sont seulement les immeubles recueillis dans la succession de l'aïeul qui sont biens de famille. Les immeubles que le père a acquis par son travail, son talent ou son industrie n'appartiennent pas à la famille : le père en est propriétaire individuel. Les textes confirment cette proposition : « Sur la terre acquise par le grand-père, le père et le fils ont un égal droit de propriété (3). » Les biens acquis par le père peuvent être librement aliénés par lui (4). — Chez les Grecs, on distinguait les immeubles en deux catégories, les propres, c'est-à-dire les immeubles provenant d'une succession, puis les biens acquis par le père lui-même. On désignait les premiers par la périphrase *πέρα τοῦ πατρός* et les acquêts *ἐξ τῆς κτησάμενος*... M. Caillemer admet que les acquêts pouvaient être distraits de la succession paternelle. Plutarque dit qu'après la réforme de Solon, chaque citoyen put désormais se dire plein et entier propriétaire de ses biens, surtout de ceux qu'il a acquis lui-même.

---

(1) Boissonnade, *op. cit.*, page 50.

(2) Démosthènes parle de legs faits à ses tuteurs.

(3) Yajñawalkya, cité par Boissonnade, *op. cit.*, page 29.

(4) Manou, IX, 208.

Les termes mêmes qu'il emploie prouvent que les acquêts formaient une catégorie à part, que l'aliénation de ces biens était plus facile que l'aliénation des propres (1).

§ 3. — Droit de la famille pendant la vie du père.

Le père est administrateur des biens de la famille. Ses pouvoirs sont très vastes : il peut donner les terres à bail ; les laisser incultes ; il n'est astreint qu'à une chose, conserver les biens ; aussi lui est-il défendu, sauf quelques exceptions, d'aliéner ces biens, d'en disposer par testament.

I. *Aliénations*. — Dans l'Inde, les aliénations entre vifs d'un bien de famille sont sévèrement prohibées (2). Étaient-elles permises à Athènes ? Nous ne savons. Il est probable qu'à Sparte les biens de famille étaient inaliénables. Héraclide de Pont nous dit en effet que « vendre la terre est tenu pour honteux parmi les Lacédémoniens (3). » Chez les Hébreux, le père de famille pouvait vendre ses propriétés foncières, mais la vente se ramenait à une cession d'usufruit (4). Dans l'Inde, les biens de famille pouvaient être vendus dans trois cas particuliers.

1<sup>o</sup> Les biens de famille appartenant à la famille, la famille pourra les vendre. On exige que tous les membres actuels de la famille consentent à l'aliénation ; l'opposition d'un seul paralyserait la volonté de tous les autres ;

2<sup>o</sup> Quand il s'agit d'accomplir un devoir impérieux, par

---

(1) Plutarque, *Solon*, 21.

(2) Orianne, *op. cit.*, p. 50.

(3) Grote, *op. cit.*, tome III.

(4) Pastoret, *op. cit.*, tome III, p. 445

exemple un sacrifice que la religion déclare indispensable, le père administrateur peut seul et sans avoir besoin du consentement de la famille, aliéner un bien de famille ;

3<sup>o</sup> Il est enfin permis au père de disposer à titre gratuit, mais dans une mesure très modique, de quelques biens de famille en faveur d'une œuvre pieuse, en faveur des pauvres (1).

Supposons que le père ait aliéné un bien de famille en dehors des trois cas où cette aliénation est permise. Un premier système, professé par l'école de jurisprudence du Bengale, reconnaît que la vente est valable et qu'elle ne peut en aucune façon être annulée. Cent textes, disent ces juriconsultes, ne peuvent effacer un fait accompli. — Cette théorie, qui considère les prohibitions de la loi comme des empêchements simplement prohibitifs, est repoussée par les trois autres écoles de jurisprudence. Dans un second système, l'aliénation est inexistante, tout membre de la famille peut quand il le veut, faire rentrer l'immeuble dans le patrimoine de la famille. L'acquéreur évincé agira en garantie contre le père de famille vendeur. Cette solution parfaitement logique était admise autrefois dans l'Inde ; elle est encore soutenue par quelques auteurs (2). Aujourd'hui on admet généralement que la vente est valable, mais les membres de la famille ont le droit d'évincer l'acheteur en lui remboursant le prix d'acquisition.

Chez les Hébreux, le père de famille peut toujours vendre ses immeubles, mais les effets de la vente sont singulièrement amoindris par l'institution du jubilé. Pendant l'année

---

(1) Cremazy, *Revue historique*, 1879 ; Garsonnet, *op. cit.*, pages 16 et suiv.

(2) Boissonnade, *op. cit.*, p. 67.

du jubilé, qui arrivait tous les cinquante ans, chacun rentrait dans les propriétés de ses pères, les prisonniers recouvraient la liberté. Dans ce système, et la Bible elle-même prend soin de le déclarer, il est évident que les ventes sont des cessions d'usufruit ; la nue-propiété restant au vendeur. Quand on vendait un champ, on supputait le nombre des années qui devaient s'écouler entre la vente et le jubilé, le vendeur disait à l'acheteur : Vous pourrez faire dix ou vingt récoltes, vous paierez donc le champ tel ou tel prix : *juxta numerum annorum jubilei emes ab eo, et juxta supputationem frugum emet* (1).

Le jubilé a-t-il été institué pour remédier au paupérisme ? je ne le crois pas, car le jubilé ne profite qu'à une classe d'individus, à ceux qui étaient autrefois propriétaires et qui ont vendu leurs biens, mais ceux qui sont nés pauvres, qui n'ont jamais possédé le moindre bien n'ont rien à attendre du jubilé (2). Le jubilé a-t-il pour but d'empêcher les tribus de se confondre ? Non ; ce n'est pas le fait d'être propriétaire de tel ou tel champ, c'est l'origine, c'est la naissance qui rend un individu membre de telle ou telle tribu, et cette loi de Moïse qui ordonne aux Hébreux de prendre une femme issue de leur famille et de leur tribu, suffit à elle seule à empêcher les tribus de se confondre. Reste une dernière opinion qui est la seule exacte : le jubilé a été institué pour maintenir les biens dans les familles, pour protéger les familles contre la mauvaise gestion du père. Si l'on a défendu au père de famille de céder à autrui la nue-propiété des biens qu'il

---

(1) Lévitique, ch. 25.

(2) Giraud, *op. cit*, page 34, dit que le Jubilé sert à empêcher les Hébreux de s'attacher trop à la terre et de négliger la vie contemplative.

détient, c'est que cette nue-propiété ne lui appartient pas, elle appartient à sa famille. Les Hébreux connaissent aussi le retrait lignager (1), lequel, comme je le montrerai dans mon chapitre 4, est une conséquence certaine de la copropriété de famille.

Chez les Hindoux, les Hébreux et les Grecs, l'expropriation forcée n'existe pas. Si le père de famille a contracté des dettes, et si, au jour déterminé, il ne peut ou ne veut payer le créancier, celui-ci ne pourra pas saisir et faire vendre les biens de son débiteur. La loi hindoue lui commande d'employer divers moyens, ruses, remontrances, médiation des amis, vexations, enfin, suprême moyen, le créancier pourra saisir la personne de son débiteur, et même la femme et les enfants du débiteur, et les réduire en esclavage (2). Cette prohibition de la saisie immobilière s'explique par cette idée que les biens du débiteur ne lui appartiennent pas, ils appartiennent à sa famille. Aujourd'hui dans l'Inde, le fisc peut saisir les biens de celui qui refuse de payer l'impôt foncier : mais pendant cent ans la famille du saisi peut reprendre les biens confisqués en remboursant à l'Etat les impôts arriérés (3).

2° *Testaments*. — Dans l'Inde, celui qui possède certains biens dont il est propriétaire exclusif, peut en disposer librement pendant sa vie : on admet qu'il pourra en disposer pour le temps où il ne sera plus. Mais cette faculté n'est à vrai dire qu'une tolérance, qu'un usage

---

(1) Lévitique, chap. 25.

(2) Hardoin, *Essai sur l'abol. de la cont. par corps*, 1876, p. 43, et Crémazy, *op. cit.*

(3) Crémazy, *op. cit.*

fort ancien, car elle n'est consacrée par aucune loi (1). Les lois de Manou ne connaissent pas le testament, bien plus, il n'y a aucun mot dans la langue sanscrite pour désigner la chose. En Grèce, le testament était prohibé autrefois à Thèbes et à Athènes. Depuis Solon, celui qui n'avait pas d'enfant pouvait disposer de tous ses biens, mais le père de famille ne pouvait pas tester (2). L'histoire d'Epitadéus prouve que la même loi était en usage à Sparte (3). Par exception, on admettait à Athènes que celui qui avait une fille pouvait léguer tous ses biens à un étranger, à condition que cet étranger épousât la fille du testateur (4). M. Caillemet pense que le père de famille pouvait léguer ses acquêts à des étrangers.

Chez les Hébreux, la donation était connue, peut-être aussi le testament, mais le père de famille ne pouvait déshériter ses enfants. On lit dans la Misna (5) que le père même irrité contre ses enfants ne peut pas les priver du patrimoine que leur donne la nature. Vainement le père dit-il : « Que mon fils soit déshérité. » Sa volonté ne produit d'effet qu'autant qu'il donne la part du déshérité à un autre enfant, et encore cet autre enfant ne détient cette part qu'en qualité d'administrateur jusqu'au jubilé.

---

(1) Boscheron-Desportes, *op. cit.*, p. 316 ; Boissonnade, *op. cit.*, page 28.

(2) Plutarque, *Agis*, 7.

(3) Grote, tome III, p. 336.

(4) Plutarque, *Solon*, 21.

(5) Misna, t. 1. La Misna est un recueil de traditions juives.

§ 4. — Droits de la famille lors du décès du père ou lors du partage.

La copropriété de famille disparaît, soit au moment du décès du père, soit au moment du partage effectué du vivant du père. Occupons-nous d'abord du partage effectué pendant la vie du père de famille.

Dans l'Inde, ce partage est volontaire ou forcé.

1<sup>o</sup> *Partage volontaire*. — Quand le père de famille a engendré un ou plusieurs enfants, qu'il les a élevés et mariés, il a accompli tous les devoirs dont il était tenu envers ses ancêtres. Il lui est loisible de quitter la vie active et de s'adonner à la contemplation. Il peut alors se décharger sur ses enfants du fardeau de l'administration des biens de famille ; dans ce but, il partage entre eux et sa femme tous les biens de famille, souvent il partage aussi ses acquêts, et il ne se réserve qu'une pension alimentaire (1).

2<sup>o</sup> *Partage forcé*. — En principe, le père est libre de conserver durant toute sa vie l'administration des biens de la famille, cependant ses fils peuvent le contraindre à quitter ses fonctions dans certains cas assez rares, par exemple, quand le père est atteint d'une maladie incurable, adonné au vice, ou bien arrivé à un âge trop avancé. Manou fait allusion à ce partage quand il dit que le père ne peut être contraint à partager contre son gré les biens qu'il a acquis par ses efforts (2). D'où l'on conclut que le

---

(1) Boissonnade, *op. cit.*, page 30.

(2) Manou, IX, 104.

père peut être contraint à partager les biens de famille, et seulement les biens de famille. Dans ce cas, le père conserve ses acquêts, puis il reçoit dans les biens de famille une part égale à celle de chacun des enfants.

Dans tout partage, volontaire ou forcé, c'est le père qui compose les lots et qui attribue un lot à chaque copartageant. Les lots doivent être rigoureusement égaux. Cependant les enfants naturels n'ont droit qu'à des aliments, et le père peut diminuer la part des enfants adonnés à la paresse et au libertinage. Tout partage fait au mépris de ces règles est nul et doit être recommencé (1).

En Grèce et en Palestine, un père pouvait de son vivant partager ses biens entre ses enfants. Démosthènes (2) mentionne un certain Buselos qui partagea ses biens entre ses enfants. Lysias parle aussi de ce partage. Chez les Hébreux, plusieurs textes font allusion au partage (3). Il est probable que les Hébreux ne connaissaient pas le partage forcé : une telle manière de procéder eût été contraire à l'esprit de la loi Mosaique, qui ordonne aux enfants de respecter leurs parents même débauchés ou déshonorés. Chez les Grecs, nous pouvons déduire de l'histoire si connue des fils de Sophocle, qu'un père affaibli par l'âge pouvait être interdit, et qu'alors l'administration de ses biens passait à ses fils. Le partage devait être fait à parts égales. Chez les Juifs, le père doit respecter le privilège de l'aîné. Lysias recommande au père de se réserver une portion (4).

Les effets du partage entre vifs sont les mêmes que ceux

---

(1) Jobbé-Duval, p. 67.

(2) Démosthènes, *in Macart*.

(3) Deutéronome, ch. 21, vers. 15 ; Proverbes, ch. 17, vers. 2.

(4) Gaudet, *Etude sur les Partages d'ascendants*. Grenoble, 1880, thèse.

du partage réalisé après le décès du père, sauf quelques exceptions. La part attribuée au père hindou lui appartient en toute propriété, il peut en disposer à son gré. Une seule restriction est apportée à cette faculté de disposition ; si le père, après le partage, vient à avoir de nouveaux enfants, ces enfants naîtront copropriétaires de la part attribuée au père. Nous ne trouvons, chez les Hébreux ni chez les Grecs, aucun texte qui nous apprenne quels sont les effets du partage d'ascendant. Cependant, comme ce partage est réputé un avancement d'hoirie, il est probable qu'il produit les mêmes effets que le partage effectué après le décès du père.

Passons maintenant au partage qui suivra le décès du père.

Après le décès du père, l'idée de succession, telle que nous l'entendons dans notre droit français, c'est-à-dire un mode d'acquérir la propriété, ne se comprend pas chez les peuples qui sont soumis au régime de la copropriété de famille. La famille étant copropriétaire du vivant du père, reste copropriétaire après son décès. « Au décès du père, dit l'orateur Isée, les enfants reprennent des biens qui leur appartenaient déjà (1). » La loi Mosaïque ne prend pas la peine d'appeler les fils à la succession de leur père, car elle les considère comme étant déjà propriétaires de ces biens. Les membres de la famille ne *deviennent* pas propriétaires, ils *restent* propriétaires. Les conséquences de cette idée sont multiples. Les membres de la famille restent propriétaires alors même qu'ils ignorent le décès du père, ils n'ont pas besoin de manifester leur volonté de rester propriétaires, ils restent propriétaires malgré eux.

---

(1) Isée, *de Philoct*, § 28.

Ils sont donc héritiers nécessaires. Le droit de renoncer à la succession, le droit d'accepter la succession, sous bénéfice d'inventaire sont inconnus dans le droit grec et dans le droit hindou. La loi de Moïse ne fait aucune allusion à ces deux espèces de droits. Les membres de la famille sont considérés par la loi grecque comme propriétaires des biens du défunt sans qu'ils aient besoin de se soumettre à la moindre formalité. Les héritiers collatéraux qui n'appartiennent pas à la famille restreinte, doivent se faire envoyer en possession par le tribunal (1).

Les biens dont le père avait la libre disposition pendant sa vie, et dont il n'a pas disposé, prennent, au moment de son décès, la qualité de biens de famille.

Après le décès du père, les membres de la famille ont le droit de partager les biens laissés par le père. Ce partage se fait entre la mère et tous les enfants au premier degré. En principe, les lots doivent être égaux. Dans l'Inde, cette règle est rigoureusement observée chez les soudras, mais dans les familles appartenant aux classes supérieures, l'aîné prend à titre de préciput le vingtième de la succession. Chez les Grecs, le fils aîné prélève la maison paternelle et le champ dans lequel se trouve le tombeau de la famille. Chez les Hébreux, le droit d'aînesse existe également. Notons encore que les filles en concurrence avec leurs frères, n'ont droit qu'à une dot (2).

Quels sont les droits de chaque copartageant ? Prenons d'abord les biens attribués à un des fils du défunt. Si ce fils est marié, les biens qu'il a recueillis dans la succession de son père ne lui appartiendront pas exclusivement : ils

---

(1) Caillemer, *op. cit.*, pages 149 et suiv.

(2) Nombres, ch 27, vers. 8.

constitueront le patrimoine de la famille restreinte de ce fils. Si, au contraire, le fils héritier est et demeure célibataire, il constitue à lui seul toute sa famille restreinte, ou pour mieux dire, il n'appartient à aucune famille restreinte, il pourra donc disposer de tous ses biens suivant sa libre volonté (1).

La part attribuée à la mère est soumise à d'autres lois. La mère a seulement l'usufruit de cette part, qu'elle devra, au moment de sa mort, restituer aux héritiers de son mari.

Quelquefois le partage a lieu immédiatement après le décès du père, il a pour effet, comme nous l'avons vu, de dissoudre la famille restreinte du père, et de donner naissance à autant de nouvelles familles restreintes qu'il y a de fils. D'autres fois, les membres de la famille du père restent dans l'indivision, ils attendent, avant de procéder au partage, que tous les enfants aient atteint l'âge mûr, que la mère soit décédée, etc. Dans ce cas, la famille restreinte conserve l'organisation et les droits qu'elle avait du vivant du père : une seule chose est changée, c'est la personne de l'administrateur. « L'aîné prend possession du patrimoine entier, la mère et les autres frères vivent sous son autorité comme ils vivaient sous celle du père (2). » Cet état d'indivision rend inutile la tutelle des enfants mineurs (3).

---

(1) Chez les Hébreux, cette idée n'est pas complètement exacte. Le plus proche parent a le droit d'exercer le retrait lignager alors même que le vendeur était un célibataire. Lévit., ch. 25.

(2) Manou, IX, 126.

(3) Boscheron-Desportes, *op cit.*, p. 331.

### SECTION III

#### DESTINÉE DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE.

Les Hindous sont, aujourd'hui encore, soumis au régime de la copropriété de famille. Les lois qui les régissent actuellement sont telles qu'elles étaient il y a deux mille ans. Tous les auteurs qui ont étudié les mœurs et les coutumes des Hindous ont été frappés de cette stabilité étonnante. On assigne ordinairement deux causes à ce phénomène : la division des Hindous en castes et le culte des morts (1).

Les Hindous se divisent en plusieurs castes, on distingue les prêtres, les guerriers, les laboureurs, les marchands et les soudras ou serviteurs. Le mariage est prohibé entre personnes de différentes castes : si cette règle est violée, les enfants qui naîtront d'une union défendue seront des parias ou des déclassés, ils ne jouiront d'aucun droit, ils ne pourront être ni propriétaires, ni héritiers. Chaque enfant doit avoir la même profession que son père, le fils d'un brahmane doit être brahmane. Chaque village a son prêtre, son musicien, son horloger, qui se transmettent leurs professions de père en fils depuis des milliers d'années. Chaque individu, en transmettant à son fils le métier que son père lui a appris, lui transmet également les biens qu'il a reçus de ses ancêtres.

D'un autre côté, le plus grand souci de chaque individu

---

(1) Boissennade, *op. cit.*, pages 16 et suiv.

est d'assurer la perpétuité de sa famille, de laisser après lui une longue suite de descendants, qui offriront les sacrifices aux mânes des ancêtres; et comme une famille ne saurait subsister longtemps sans patrimoine, il importe aux pères de transmettre fidèlement à leurs enfants les biens provenant des ancêtres, la maison et le tombeau de la famille. La copropriété de famille est donc la conséquence nécessaire de l'organisation de la société et de la famille hindoue.

La copropriété de famille, malgré sa longévité extraordinaire, est néanmoins condamnée à disparaître de l'Inde.

L'invasion des Mahométans au <sup>xv</sup><sup>e</sup> siècle introduisit dans l'Inde une foule d'individus qui connaissaient la propriété individuelle des immeubles. Les Anglais et les Français s'efforcent de battre en brèche la copropriété de famille. La jurisprudence a multiplié les exceptions à la règle de l'inaliénabilité des biens de famille; aujourd'hui, les tribunaux valident l'aliénation faite par le père seul, toutes les fois qu'elle a été utile; dans les possessions françaises, il est permis au père de donner des biens de famille à ses filles, malgré la volonté contraire des fils. Dans tout l'Hindoustan, sauf à Madras, on refuse aux fils le droit de demander le partage forcé. La mère de famille conserve la propriété de sa dot; la succession de la mère se partage entre ses enfants sans que l'on ait égard aux privilèges de masculinité. Les enfants sont propriétaires des biens qu'ils acquièrent par leur travail, le père a seulement l'usufruit de ces biens (1).

Ajoutons enfin que la prescription a été introduite dans l'Inde. Dans les possessions françaises, le titre dernier de

---

(1) Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 68.

notre Code civil est appliqué depuis l'arrêté du 18 octobre 1838. Le droit de tester a été accordé en 1769 aux sujets anglais (1).

Des missionnaires anglais croyant que le plus grand obstacle à la propagation de la religion réformée provenait de l'existence de la copropriété de famille, ont demandé au gouvernement de supprimer ce régime de la propriété. Ils ont cru que la copropriété de famille était le fondement de la religion de Brahma : c'est une erreur. La copropriété de famille n'est que la conséquence des idées religieuses des Hindous. Aujourd'hui, le fanatisme des Hindous s'est bien affaibli, leur religion est fortement battue en brèche par les missionnaires catholiques, il est très probable qu'elle finira par disparaître, et avec elle disparaîtra la copropriété de famille (2).

La copropriété de famille exista chez les Hébreux aussi longtemps que cette nation demeura soumise aux lois de Moïse. Après la prise de Jérusalem par Titus, les Juifs furent dispersés dans tout l'univers ; ils furent obligés de se soumettre aux lois des différents peuples chez lesquels ils habitaient.

Chez les Grecs, les droits de la famille ont diminué peu à peu, les pouvoirs d'administration accordés au père se sont élargis de plus en plus. Il vint un moment où le père put disposer librement de toute espèce de biens, même de ceux acquis par voie de succession. A ce moment la copropriété de famille avait disparu, et l'on ne connaissait en Grèce d'autre régime de la propriété que la propriété individuelle.

---

(1) Cremazy, *op. cit.*

(2) Boscheron-Desportes, *op. cit.*, page 329, note 1.

## CHAPITRE II

---

### Législation romaine.

---

#### SECTION I<sup>re</sup>

##### ORIGINE DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE.

La science moderne reconnaît que les premiers habitants de l'Italie appartiennent à la race aryenne. On les rattache à trois branches principales : les Iapyges, les Etrusques et les Italiotes (1).

Les Italiotes, au centre, se divisèrent en deux branches, les Latins et les Ombriens, et donnèrent naissance à une foule de tribus. Des Ombriens sortirent les Samnites, les Osques, les Volsques, les Marses. Des Latins sortirent les Albains, les Véiens, les Sabins, les Herniques. Lors de leur arrivée dans l'Italie, toutes ces tribus étaient encore dans un état voisin du régime pastoral. Quelques-unes, comme

---

(1) Mommsen, *op. cit.*, pages 13 à 15.

la tribu des Liguriens, restèrent en cet état pendant très longtemps. D'autres, comme les Etrusques et les Sabins, connurent de bonne heure l'agriculture et la propriété privée (1). Je ne tracerai pas l'histoire de ces tribus qui, pour la plupart, ont disparu sans laisser de traces durables. Je m'occuperai seulement des Romains, dont nous connaissons mieux les institutions.

On admet généralement que la nation romaine a été constituée par la confédération de trois tribus d'origine différente gouvernées par un chef unique. A quelle époque s'est formée cette confédération ? Il est impossible de le dire (2). Nous savons seulement que ces confédérations entre tribus voisines étaient très fréquentes en Italie : les Samnites notamment formaient une confédération gouvernée par un *lucumon*. Il est très probable que le chef de la confédération romaine portait le titre de Romulus. Ce terme de *romulus*, comme le mot égyptien *pharaon*, le mot étrusque *lucumon*, était non pas le nom propre du chef, mais le titre de sa dignité comme en France, les mots *roi*, *empereur*. Dans cette opinion, il y aurait eu une longue suite de Romulus, depuis l'époque de la fondation de Rome jusqu'à Numa (3).

---

(1) Mommsen, t. I, pages 20 et suiv.

Micali, tome I, *l'Italie avant la domination des Romains*.

(2) Tite-Live reconnaît que les commencements de l'histoire romaine sont entourés d'obscurité. Il n'y a de certitude que depuis la prise de Rome par les Gaulois, car les Grecs connurent cet événement et le rattachèrent à leur chronologie. Sur la fondation de Rome, personne n'est d'accord. On fixe la date de 754 avant J.-C. On dit que la période royale a duré 244 ans, que pendant cette période il y a eu 7 rois, soit une moyenne de 35 ans de règne pour chacun. M. Duruy, *Histoire des Romains*, tome I, page 88, montre clairement que cette histoire est invraisemblable.

(3) M. Mariéjol, à son cours.

Quelle était, à cette époque, l'état de la propriété et l'organisation de la famille?

Nous croyons pouvoir affirmer que, dans le principe, on ne connaissait pas d'autre propriété que la propriété collective de la tribu (1). La tradition nous apprend qu'il y a eu une époque où les terres n'étaient point encore divisées; on cultivait en commun, et les moissons étaient partagées entre tous les individus. Cette époque, appelée par les poètes âge d'or, a laissé de profondes traces dans la mémoire des Romains (2). Nous savons aussi qu'il a toujours existé à Rome un vaste territoire appelé *Ager publicus*, qui appartenait au peuple tout entier. N'est ce point l'image de ce territoire beaucoup plus vaste qui constituait autrefois la propriété collective de la tribu? Les historiens eux-mêmes racontent que chaque tribu avait son territoire : *Ager romanus primum divisus in tres partes a quo tribus appellata* (3).

Par quelles étapes passa la propriété collective de la tribu avant d'arriver à la propriété individuelle? Nous trouvons dans les anciens manuscrits plusieurs textes qui semblent résoudre cette question (4). Les uns nous disent

---

(1) J'emprunte ces renseignements aux remarquables travaux de MM. de Laveleye et Viollet.

(2) Virgile, *Géorg.*, liv. I, vers. 125 et suiv. — Tibulle, liv I, élég., 3. — Sénèque, tr. *Octavia*.

(3) Varron, *de Re rust.*, I, 10. — Giraud, *op. cit.*, page 52. « Il paraît qu'avant l'institution de la propriété individuelle, le territoire romain aurait été l'objet d'une première division dont Varron a conservé... Ainsi les différentes races dont se composait la primitive population romaine auraient été cantonnées et isolées sur trois parties séparées et isolées de l'*ager romanus* qu'elles auraient possédé chacune en commun, comme propriété commune de la tribu. »

(4) Festus, v° *Centuriatus* : *ager in ducena jugera definitur, quia Romulus centenis civibus ducena jugera tribuit.*

Varron, *de Re rust.*, I, 10 : *Bina jugera quod a Romulo primum*

que Romulus a partagé les terres *viritim*, en donnant une portion à chaque individu. Les autres, qu'il a partagé les terres en trente portions égales et qu'il a donné une portion à chaque curie. D'autres textes portent au contraire que c'est Numa qui a partagé les terres entre les particuliers, leur a ordonné de planter des bornes, etc.

La grande majorité des auteurs modernes, qui ajoute une foi entière aux récits de Plutarque et de Denys d'Halicarnasse, admet comme un fait certain que la propriété individuelle des terres a existé depuis la fondation de Rome. On dit que Romulus a partagé le sol conquis en trente portions égales, qu'il a assigné une portion à chaque curie ; puis, qu'il a réparti entre chaque individu les terres de la curie. On s'efforce de concilier les textes de Cicéron et de Plutarque avec ceux de Varron et de Festus, en disant que Numa a procédé à un nouveau partage, lequel s'est appliqué aux terres conquises depuis le premier partage fait par Romulus (1).

Pour moi, je soutiens qu'il ne faut pas traduire ces textes d'une manière littérale, et considérer comme l'œuvre d'un seul homme un travail de transformation qui s'est accompli lentement et par la force même des choses. Vous

---

*divisa viritim quæ heredem sequerentur, heredium appellarunt.* — Voir aussi Pline, *Hist. nat.*, XVIII, 2.

Cicéron, *Rep.* 11, § 4 : *Agros quos bello Romulus ceperat. Numa divisit viritim civibus.*

Plutarque, *Numa*, 16 : δοκεῖ δὲ καὶ ὅλως ὀρίσαι τὴν χώραν ὁ βασιλεὺς Νουμᾶ, Ρομύλου μὴ βουλγηθέντος ἐξομολογήσασθαι τῷ μέτρῳ τοῦ οἰκείου τὴν ἀφαίρεσιν τοῦ ἀλλοτρίου.

Denys d'Halic., *Hist. rom.*, liv. II, chap. 3 et 21.

(1) Maynz, *op. cit.*, tome I, p. 682. — Ortolan, *op. cit.*, tome I, p. 84. — Laboulaye, *op. cit.*, p. 68. — Lafferrière, *op. cit.*, tome I, p. 109. — Montesquieu, *Esprit des Lois*, ch. 17.

prétendez que cette évolution de la propriété s'est accomplie sous le règne de Romulus : je soutiens qu'elle s'est opérée sous une longue suite de rois portant tous le nom de Romulus. Je reconnais, avec Denys d'Halicarnasse, qu'à la propriété collective de la tribu, a succédé un autre régime de propriété collective moins étendue (2), mais je me sépare de cet auteur en pensant que ce nouveau régime n'a pas disparu brusquement sous le règne de Numa, pour faire place à la propriété individuelle, mais s'est transformé lentement, et a donné naissance à la copropriété de famille d'abord, et à la propriété individuelle ensuite. Ce régime intermédiaire qui précéda la copropriété de famille, c'est, à mon avis, et malgré le terme de *curie* qu'emploie Denys, le régime de la propriété collective de la *gens*.

#### Propriété collective de la *gens*.

Nous possédons bien peu de documents certains relativement à la composition de la *gens* et au rôle qu'elle jouait dans la société romaine. Gaius avait indiqué les caractères du *jus gentilitium* dans son premier Commentaire, mais ses explications étant perdues, nous sommes réduits à des renseignements épars et incomplets : de là, une grande divergence entre les auteurs modernes. Sans entrer dans le détail des nombreux systèmes émis par les roma-

---

(2) Giraud, *op. cit.*, p. 53. « Romulus partagea chaque tribu en curies et attribua un lot à chaque curie. La possession des terres aurait donc été en commun dans chaque curie, et il n'y aurait eu de propriété distincte que d'une curie à une autre. »

nistes (1), je me bornerai à indiquer les quelques considérations qui peuvent amener à considérer la *gens* comme une communauté de village analogue à la famille agrandie des Hébreux, à la communauté de village hindoue, au γενοϋς grec.

Nous savons d'une manière certaine que chaque *gens* avait son chef appelé *princeps gentis* et son nom propre (2). Elle avait des dieux et un culte distincts des dieux et du culte de la cité, des sépultures communes dans lesquelles on ensevelissait tous les défunts ayant appartenu à la *gens* (3). Les membres de la *gens* étaient tous responsables du meurtre accompli par l'un d'eux, des dettes contractées par l'un d'eux; ils devaient même se marier entre eux (4). Il est hors de doute que la *gens* exerçait une certaine juridiction sur ses membres et pouvait par un décret leur ôter l'usage d'une faculté légale : la *gens Claudia*, notamment, interdit le célibat et l'exposition des enfants (5).

« Il est incontestable, dit M. Gauckler, que parmi les personnes dites *gentiles*, il en est qui ne sont pas parentes, mais nous croyons que dans son origine la *gens* était fondée sur la parenté : l'étymologie même du mot *gens gigno*, indique que le groupe qu'il désigne, repose sur des relations créées par la naissance. Cette origine commune

---

(1) De Iehring, *op. cit.*, t. I, pages 186 et suiv. — Maynz, *op. cit.*, t. I, pages 30 et suiv. — Accarias, *op. cit.*, t. I, pages 215 et suiv. — Giraud, *Rev. législat.*, 1846 et 1847. — Troplong, *Rev. législat.*, 1847. — Fustel de Coul., *Cité ant.*, pages 119 et suiv. — Ortolan, *op. cit.*, t. I, p. 26.

(2) Suétone, *Tib.*, I. — Denys, II, 7. — IX, 15.

(3) Tite-Live, I, 7. — Festus, v° *Propudi*. — Fustel de Coul., *Cité ant.*, p. 115.

(4) De Iehring, t. I, p. 187.

(5) Denys, IX, 22. — Tite-Live, VI, 20.

des *gentiles* est mise en relief par l'emploi que les écrivains latins font indifféremment des mots *genus* et *gens* (1). »

Il est probable que chaque *gens* habitait un territoire distinct. Le *Latium* était autrefois divisé en un grand nombre de cantons appelés *pagi* ou *vici* (2). Ne pourrait-on pas soutenir que tous les habitants d'un *pagus* constituaient une *gens* ? L'histoire nous apprend que la *gens Claudia* habitait un *pagus* sur les bords de l'Anio (3) ; la tribu *Lemonia* habitait un village sur la voie latine (4). Il devait en être de même de toutes les autres *gentes* dont chacune constituait un village.

La *gens* nous apparaît donc comme une communauté d'individus habitant un même village. Poursuivons nos investigations, et montrons que le territoire de chaque village était la propriété collective de la *gens* qui l'habitait (5). J'ai déjà indiqué ce passage de Denys où nous lisons que chaque curie était propriétaire d'un lot de terre : ce que Denys appelle curie, ne serait-ce pas la *gens* ancienne ? Chaque *gens* possédait en commun son tombeau, pourquoi n'aurait-elle pas possédé en commun les terres et les pâturages ? M. de Lehring apporte à l'appui de cette thèse un argument que je crois très probant : l'Etat, dit-

---

(1) Tite-Live, I, 7 ; II, 45 et 46. — Festus, v° *Gentilis*. « *Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus, et is qui simili nomine appellatur.* — Varron, de *Ling. lat.*, VIII, 2. « *Ut in hominibus quænam sunt cognationes et gentilitates, sic in verbis, ut enim ab Æmilio homine orti, Æmilii ac gentiles.* »

(2) Mommsen, tome I, p. 48 et suiv. On retrouve encore aujourd'hui dans les champs qui avoisinent Rome de vastes enceintes formées de gros blocs de pierre et qui devaient servir aux *gentiles* de place publique ou de citadelle.

(3) Mommsen, tome I, page 49.

(4) Festus, v° *Lemonia*.

(5) Garsonnet, *op. cit.*, p. 65.

il, est une *gens* agrandie ou bien une collection de *gentes*, or l'Etat possédait son *ager publicus*, donc chaque *gens*, qui est un Etat en petit, devait avoir aussi son *ager* que l'on appelait *ager gentilitius*. Ajoutons enfin qu'il était nécessaire que la *gens* eût un territoire à elle. Les historiens nous rapportent que, sous Romulus ou Numa, chaque père de famille était propriétaire d'un champ de deux jugères. Or, il est certain que les fruits produits par ce champ étaient insuffisants pour nourrir un homme. Le père de famille devait donc chercher sa nourriture et celle de sa famille dans un autre terrain, cet autre terrain appartenait à la *gens* (1).

La *gens* était donc propriétaire d'un certain territoire, qui probablement se composait de forêts, de pâturages et de terres labourables. Il est à croire, dit M. de Iehring, que les forêts et les pâturages étaient exploités en commun : c'est le mode de jouissance le plus naturel encore en vigueur aujourd'hui dans certains pays. Il est difficile de dire quel était le mode de culture des terres arables. Peut-être tous les gentils cultivaient-ils en commun ; peut-être ces terres étaient-elles divisées en une foule de lots, et un lot était attribué à chaque *gentilis* pour une période de quelques années. Tite-Live (2) rapporte que le Sénat donna à la *gens Appia* un territoire situé sur les bords de l'Anio, et chargea le chef de la *gens*, Appius Claudius, de distribuer lui-même les terres entre ses *gentiles* (3).

Quel qu'ait été le mode de culture, il est certain que

---

(1) Mommsen, t. I, p. 220 et suiv.

(2) Tite-Live, II, 16. Festus, v<sup>o</sup> *Patres*, dit que les sénateurs étaient chargés de faire la répartition des terres.

(3) Denys d'Hal., liv. IV, ch. 4, parle du chef qui se trouvait dans chaque *vicus* chargé de surveiller la culture.

les individus n'étaient pas propriétaires individuels et exclusifs des terres. Cicéron lui-même nous l'apprend : « *Tum res erat in locorum possessionibus ex quo locuples vocabantur* (1). »

A cette époque la propriété individuelle ne s'appliquait qu'aux armes, vêtements et en général à tous les meubles : ce qui le prouve, c'est l'usage de placer dans le tombeau de chacun, ses armes, son sceau, etc. (2). La raison, du reste, se refuse à admettre que ces objets soient possédés en commun. Les troupeaux de brebis étaient également soumis à la propriété individuelle ; les agneaux et les brebis étaient autrefois la seule monnaie en usage chez les Romains (3), or il est évident que chacun doit être propriétaire exclusif de la monnaie qu'il emploie (4).

Nous indiquerons seulement deux des caractères de la propriété collective de la *gens*. 1<sup>o</sup> Quand un *gentilis* dilapidait la part du territoire commun dont il avait la concession, un quelconque des autres *gentiles* pouvait l'accuser et le poursuivre ; cette liberté d'accusation accordée à tout le monde se serait continuée jusqu'à l'époque classique, selon M. de Iehring ; et aurait donné naissance aux actions populaires. — 2<sup>o</sup> Quand un *gentilis* venait à mourir, le lot de terre qu'il cultivait faisait retour à la masse commune, dès lors il est très vrai de dire que la *gens* héritait des biens, ou mieux, qu'elle reprenait les biens de tout défunt. Ce droit de retour se transforme en un droit de succession attribué à la *gens* par la loi des

---

(1) Cicéron, *de Rep.*, 2, 9.

(2) Gauckler, *op. cit.*, page 66.

(3) Mommsen, t. I, p. 220 et suiv.

(4) Quant aux animaux de labour, doit-on les considérer comme accessoire du sol et, par conséquent, soumis à la propriété collective ? Nul ne peut le dire.

XII Tables, et qui subsista, en théorie du moins, pendant longtemps (1). Il est très probable qu'à l'origine la *gens* ne reprenait que les concessions immobilières. Quant aux meubles qui étaient la propriété exclusive de chaque individu, ils étaient dévolus aux proches parents du défunt. Chaque individu ayant, pendant sa vie, le droit de disposer librement de ses meubles, les donnait ordinairement à ses enfants, à ses frères ou à ses proches parents. Quand il oubliait de faire cette donation, la coutume interprétait sa volonté présumée, autorisait les proches parents à se mettre eux-mêmes en possession.

Pendant combien de temps ce régime de la propriété collective de la *gens* se prolongea-t-il ? Il est impossible de donner à cette question une réponse même approximative. Nous savons seulement que ce régime disparut insensiblement et fit place à la copropriété de famille. Il est facile d'indiquer comment cette transformation s'est opérée.

Lorsque les liens de la famille restreinte eurent été établis, lorsque le père eut pris l'habitude de garder dans sa maison sa femme et ses enfants, on comprit qu'il était très juste de conserver à cette femme et à ces enfants la maison qu'ils avaient toujours habitée, les esclaves et les animaux de labour dont ils s'étaient toujours servis. Ils possédaient ces objets du vivant du père ; ils continuèrent à les posséder après sa mort. — Bientôt l'usage s'introduisit de laisser encore à ses enfants le petit verger qui entourait la maison et que l'on appelait *heredium* (2).

---

(1) Gaius, III, § 8.

(2) Varron, *de Re rustica*, I, 10, indique clairement que ces deux jugères ont été donnés à chaque Romain : *quæ ut heredem sequerentur*, afin que celui-ci les transmitt à ses propres héritiers. Il montre bien que cet *heredium* ne faisait pas retour à la *gens*.

Ce verger, qui avait primitivement une contenance de deux jugères (50 ares), fut ensuite porté à sept et même à vingt jugères.

D'après beaucoup d'auteurs modernes, la maison, le verger, les esclaves et les animaux de labour constituaient le patrimoine exclusif du père de famille ; pour moi, ces différentes choses étaient soumises au régime de la copropriété de famille et constituaient des biens de famille. Avec le temps, ces biens de famille prirent une importance plus considérable et comprirent la plus grande partie des terres, les pâturages et les forêts continuant à appartenir à la *gens*. Je crois que cet état de choses se prolongea pendant plusieurs siècles. Tous ces points vont ressortir de l'analyse de la copropriété de famille à laquelle nous allons nous livrer dans notre section deuxième.

## SECTION II

### ANALYSE ET DESTINÉE DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE.

Nous rechercherons quels sont les parents copropriétaires et quels sont les biens soumis au régime de la copropriété, puis nous étudierons les droits de la famille pendant la vie et lors de la mort du père.

#### § 1<sup>er</sup>. — Quels sont les parents copropriétaires ?

Les copropriétaires des biens possédés par un individu sont toutes les personnes soumises à la puissance pater-

nelle ou maritale de cet individu (1). La puissance paternelle ne peut appartenir qu'à un homme qui est à la fois le prêtre et le chef de la famille. En qualité de pontife, il préside aux *sacra privata* de la famille, il célèbre les fêtes de la famille (*dies natales, dies denicales*). En qualité de chef, il est investi d'une double puissance, et sur la personne, et sur les biens de tous les membres de la famille : il a le droit de vie et de mort, droit de vente et d'abandon noxal, il peut chasser ses enfants de la famille, soit par une abdication (2), soit par une émancipation ; d'un autre côté, il bénéficie de tous les biens acquis par les personnes qui sont en sa puissance. La puissance paternelle dure en principe pendant toute la vie du père de famille, elle s'étend non-seulement sur les enfants, mais encore sur tous les descendants par les mâles ; elle comprend non-seulement les enfants légitimes, mais encore les étrangers qui sont entrés dans la famille par adoption ou par émancipation. Le père est donc le premier des copropriétaires, avec lui viennent ses enfants, ses petits-enfants par les mâles et sa femme.

Pour prouver que les enfants étaient copropriétaires des biens possédés par le chef de famille, je m'appuierai sur deux ordres d'arguments : la tradition et les textes.

Les anciens Romains reconnaissaient que les enfants avaient sur les biens de leur père, non pas une simple espérance, mais un véritable droit, un droit de propriété. Cette idée, universellement admise, était exprimée par certaines locutions usuelles. — Le fils de famille, en parlant du patrimoine de son père, disait : « Notre maison,

---

(1) Sauf la restriction qui sera indiquée page 73.

(2) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 209.

notre champ. » — Plaute met ces paroles dans la bouche d'un fils qui parle à son père : « *Nam quod tuum est meum est : omne meum autem tuum* (1). » — Souvent, dans le même poète, le fils est qualifié de *herus*, maître souverain, comme le père lui-même.

D'après la constitution de Servius Tullius, les Romains étaient répartis en différentes classes. Le possesseur d'un domaine plein était rangé dans la première classe, la seconde classe comprenait les possesseurs de 75,000 as, la troisième les citoyens un peu moins riches, et ainsi de suite. Comme les fils de famille ne possédaient rien individuellement, on aurait dû les ranger dans la dernière classe. Tite-Live nous dit qu'au contraire le fils était rangé dans la même classe que son père; qu'il payait la même contribution que son père. Or, si le père et ses fils étaient tous placés dans la même classe, c'est qu'ils avaient des droits égaux, c'est qu'ils étaient tous copropriétaires (2).

Citons encore deux autres usages qui portent l'empreinte manifeste de la copropriété de famille : quand un père de famille avait été condamné à une peine très grave et accessoirement à la confiscation générale, il était d'usage, sauf de rares exceptions, de restituer aux héritiers siens du condamné la moitié des biens confisqués. Cet usage s'explique-t-il par un esprit de commisération ? Le législateur a-t-il pensé que les héritiers étaient innocents de la faute commise par leur auteur, qu'il était inhumain de les réduire à la misère à cause d'un crime dont ils ne sont pas coupables ? Evidemment non, puisque le fisc n'effectue

---

(1) *Trinummus*, II, 308.

(2) *Festus*, v° *Duicensus*. — Denys d'Hal., IX, 36. — Tite-Live, 24.

pas cette restitution au profit des enfants d'une femme condamnée à la confiscation, puisqu'il ne restitue rien aux enfants émancipés d'un homme condamné. Ce que le fisc considère, c'est la qualité d'héritier sien, autrement dit, la qualité de copropriétaire chez les personnes à qui la restitution est faite. Dès lors je déclare que, si le fisc ne peut conserver qu'une partie des biens du condamné, c'est que, seule, cette partie du patrimoine appartient au condamné, l'autre partie ne lui appartient pas : elle constitue le patrimoine des enfants (1).

Dans l'ancien droit romain, les voies d'exécution sur les biens tenaient très peu de place : l'exécution sur la personne jouait le plus grand rôle (2). Ne peut-on pas dire qu'à Rome, comme chez les Orientaux, si les créanciers du père de famille ne peuvent saisir les biens de celui-ci, c'est que ces biens n'appartiennent pas au père exclusivement, qu'ils appartiennent en grande partie aux enfants, lesquels ne sont pas débiteurs (3) ?

Si nous passons maintenant à la langue du droit, nous trouvons des expressions tout aussi caractéristiques. Le mot *familia* avait deux sens, il désignait d'une part, l'ensemble des parents composant la famille restreinte, d'autre part, le patrimoine possédé par le chef de famille (4). Un mot unique désigne à la fois la famille et le patrimoine paternel. De cette identité de mot, nous pouvons déduire qu'il existait un rapport juridique entre la famille et le patrimoine. Ce rapport, c'est le droit de propriété ; la famille était copropriétaire du patrimoine paternel.

---

(1) Lois 1 et 7, D., de *Bonis dam.* — Lois 6 et 10, Code, de *Bon. proscript.*

(2) Tambour, *Voies d'exécution sur les biens des débiteurs.*

(3) Ne pourrait-on pas soutenir que l'obligation civile de doter une fille non émancipée est, elle aussi, une conséquence de la copropriété de famille ?

(4) Loi 195, D., de *Verb. signif.*

Les membres de la famille restreinte sont qualifiés de *heredes sui*. Théophile les appelle αὐτοκληρονόμοι, héritiers d'eux-mêmes. « Si on les appelle héritiers siens, dit Gaius (1), c'est que *domustici heredes sunt, et vivo quoque patre domini quodammodo existimantur*. » Ce sont les gens de la maison, ils sont en quelque sorte propriétaires du vivant même du père. — Les Institutes de Justinien expriment la même idée. — Enfin Paul, dans une loi célèbre (2), sur laquelle nous reviendrons, dit qu'ils ont toujours été propriétaires. Si ces textes sont exacts, à l'époque classique, on doit admettre qu'ils s'appliquent également à l'époque précédente. Si le fils de famille est considéré comme copropriétaire au siècle de Gaius et de Paul, on doit également le considérer comme copropriétaire à l'époque de la loi des XII Tables. Autrement il faudrait admettre que la théorie de la copropriété de famille a été subitement inventée au II<sup>e</sup> siècle de notre ère, créée de toutes pièces par un jurisconsulte rempli d'imagination, pour les besoins de sa cause (3)! Une telle conséquence est inadmissible. Pour éviter cet écueil, nous devons nécessairement reconnaître que les héritiers siens étaient copropriétaires dès les temps les plus reculés.

La mère de famille était-elle copropriétaire des biens possédés par le père de famille? Cette question doit être résolue par une distinction. Si la femme était *in manu mariti*, elle appartenait certainement à la famille de son mari. En effet, la femme *in manu* subit, au moment de son mariage, une *capitis deminutio*, elle sort de sa famille na-

---

(1) Gaius, II, § 157, et Justinien. Instit., liv. II, tit. 19, § 2.

(2) Paul, loi 11, Digeste, 28, 2.

(3) C. de Royer, *op. cit.*, page 90. — Maynz, *op. cit.*, tome III, page 203.

turelle ; tous les liens d'agnation qui l'unissaient à son père et à ses autres parents paternels sont rompus ; son tuteur perd tout droit à la tutelle, toute espérance de succession. La femme tombe sous la puissance de son mari, et avec sa personne tous ses biens deviennent la propriété de son mari ; en échange de ses droits perdus, la loi lui accorde un droit de copropriété sur les biens du mari. La femme *in manu* a les mêmes droits que ses enfants, elle est *loco filix* (1).

Le mariage *sine manu* ne fait pas sortir la femme de sa famille naturelle, elle reste soumise à la puissance de son père ; après le décès de son père, elle devient propriétaire des biens transmis par son père, elle tombe sous la tutelle des parents de son père. La femme *sine manu* ne fait pas partie de la famille civile de son mari, elle n'est pas copropriétaire des biens de ce dernier : les agnats, les *gentiles* de la femme seront ses héritiers, ils excluront ses propres enfants (2).

La famille copropriétaire était donc une collection d'individus soumis à la puissance paternelle d'un seul, participant à un même culte et n'ayant qu'un seul patrimoine (3). Le lien de parenté civile, qui unissait tous les membres de cette famille, se nommait agnation. Ne pourrait-on pas soutenir que primitivement l'agnation n'existait qu'entre individus soumis à la puissance d'un homme actuellement vivant ? Cet homme venant à mourir, ses enfants ne seraient plus unis entre eux par aucun lien de parenté civile. Ce n'est qu'à une époque postérieure que l'on aurait admis

---

(1) Gaius, I, § 111.

(2) Gide, *op. cit.*, pages 126 et suiv. M. Gide pense que dans l'ancien droit romain tous les mariages produisaient la *manus*.

(3) Accarias, tome I, p. 725.

que l'agnation survit au décès du père, que des frères continueraient à être agnats après la mort de leur père. Dans cette hypothèse, le rapport qui existe entre la *gens* et l'agnation serait très facile à saisir (1). Les *gentiles* sont tous les habitants d'un village, lesquels sont issus d'un auteur commun ; les agnats sont tous les habitants d'une maison, le père, la mère et les enfants (2).

La famille copropriétaire a conservé pendant plusieurs siècles sa primitive organisation. Quand les mœurs des Romains se furent policées, quand leurs usages se furent modifiés sous l'influence de la civilisation grecque, l'organisation de la famille fut pareillement modifiée. La puissance paternelle était la base et le fondement de la famille, on s'efforça de la ruiner en lui enlevant ses principaux attributs. Le droit de vie et de mort tomba en désuétude, Trajan et Adrien punissent de peines sévères le père qui maltraite ses enfants (3). Dioclétien supprime le droit de vente (4). Constantin permet seulement au père plongé dans la misère de vendre l'enfant qui vient de naître (5). L'abandon noxal, devenu très rare, disparaît complètement sous Justinien (6).

Le père de famille profitait autrefois de toutes les acquisitions réalisées par ses enfants : depuis Auguste, il ne profitera plus des biens acquis par son fils à la guerre,

---

(1) M. Dubois appelle ce rapport la pierre d'achoppement contre laquelle viennent se briser tous ceux qui étudient l'organisation de la *gens*. Sigonius prétend que les *gentiles* sont tous les agnats au delà du dixième degré. Mais alors, pourquoi deux noms différents pour désigner deux choses identiques ?

(2) Dubois, *op. cit.*, dernière page, et M. Gautier, *op. cit.*, page 26.

(3) Loi 5, D., 37. 7 et 5, D., 48, 9.

(4) Loi 1, Code, 7, 16.

(5) 1, Code Théo., 5, 8.

(6) Instit., liv. IV, t. 8, § 7.

bientôt il perdra la nue-propriété des biens que son fils acquiert *aliunde quam ex re patris* (1).

Autrefois, ceux-là seuls appartenaient à une famille copropriétaire, qui étaient soumis à la puissance du père de famille. Ce principe va recevoir de nombreuses exceptions. Le fils émancipé était chassé de sa famille : le prêteur lui permettra néanmoins de participer au partage des biens de cette famille. La femme qui avait contracté un mariage *sine manu* était considérée comme une étrangère vis-à-vis de ses propres enfants ; les S. C. Orphitien et Tertullien établiront des droits de succession réciproque entre elle et ses enfants. — Les derniers vestiges de l'ancien état de choses disparaîtront bientôt complètement, les *sacra privata*, négligés à l'époque de Gaius, ne tarderont pas à disparaître totalement (2). Les mariages *sine manu* deviendront très rares ; au III<sup>e</sup> siècle de notre ère, il n'en sera plus question (3). Enfin la puissance paternelle passera, dans une certaine mesure, à la femme qui pourra devenir tutrice de ses enfants, et même qui jouira de l'usufruit légal sur les biens de ceux-ci. A cette époque, l'ancienne famille copropriétaire a cessé d'exister, elle se trouve remplacée par une famille nouvelle basée uniquement sur les liens du sang, de même la copropriété de famille a disparu, elle a cédé le pas à la propriété individuelle.

---

(1) Accarias, pages 726 et suiv , tome I.

(2) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 282.

(3) Accarias, i. I, p. 168.

§ 2. — Quels sont les biens de famille ?

Les Hindous et les Francs mettent un soin extrême à distinguer les biens de famille des autres biens qui appartiennent au père à titre de propriété individuelle et absolue. La loi de Manou donne une définition bien précise des biens de famille : ce sont tous les immeubles que le père de famille a reçus de ses ancêtres. En France, ces immeubles prennent le nom de propres. Quant aux immeubles que le père a acquis lui-même par son travail ou par son industrie, ils n'appartiennent pas à la famille, le père peut en disposer librement. En France, on les nomme acquêts. Devons-nous transporter cette distinction en droit romain ? La raison nous autorise à le faire. La distinction des biens de famille et des biens dont le père peut disposer librement, repose sur une idée morale très élevée, à savoir que le travail est le principe de toute propriété. La loi a pensé que celui qui, par son labeur persévérant, a conquis la propriété d'une chose devait en disposer toujours suivant sa volonté. Au contraire, celui qui a reçu un héritage de ses pères a recueilli le produit du travail des autres, il n'y a aucune raison de lui permettre de dilapider cet héritage ; il doit le conserver et le rendre à ses enfants. Les textes du droit romain sont muets sur cette question (1). Les auteurs classiques semblent dire que tous les biens du père sont le patrimoine de ses enfants, mais cette idée est évi-

---

(1) Les textes relatifs à l'interdiction du prodigue et à la tutelle des femmes distinguent nettement les biens provenant de la succession *ab intestat* des ancêtres du prodigue ou de la femme, des autres biens ! Voir pages 82 et 92.

demment inexacte en ce qui touche les meubles; elle est peut-être inexacte encore en ce qui touche les acquêts.

Quoi qu'il en soit, il est certain que les immeubles situés en Italie, les esclaves et les animaux de labour constituaient une catégorie de biens soumise à des règles spéciales. On appelait ces biens *res Mancipi*. La distinction des biens en *res Mancipi*, *res nec Mancipi* est très ancienne, elle est antérieure à la loi des XII Tables. Les *res Mancipi* étaient difficilement aliénables : celui qui voulait transférer à autrui la propriété d'une *res Mancipi* devait recourir à certains procédés très compliqués, accomplis devant plusieurs témoins (1). Pourquoi toutes ces formalités quand il s'agit d'aliéner une *res Mancipi*? — Écoutons les explications que nous donnent les romanistes. — « Les *res Mancipi* étaient inscrites sur les registres du cens, si l'aliénation d'une *res Mancipi* devait être apparente, publique, c'est que les variations qui se produisaient dans les fortunes des particuliers devaient être connues de tous (2). » — Mais les créances, elles aussi, étaient inscrites au cens, et pourtant elles n'étaient pas *res Mancipi*. D'après certains auteurs, les *res Mancipi* seraient les choses les plus précieuses, seraient les choses qui intéressent l'agriculture (3). Dans une autre opinion qui compte des partisans considérables, les *res Mancipi* seraient les choses susceptibles de propriété civile ou quiritaire, et les *res nec Mancipi* celles qui n'en sont pas susceptibles : ce qui conduit à admettre contre toute vraisemblance qu'à une certaine époque ces dernières n'auraient pu être l'objet d'au-

---

(1) Accarias, t. I, p. 467 et suiv.

(2) Maynz, t. I, p. 685, note 13.

(3) Demangeat, *op. cit.*, page 436.

cune espèce de propriété, puisque Gaius (II, § 40) nous affirme qu'au début les Romains n'en reconnaissaient qu'une seule, la propriété quiritaire (1).

Ne pourrait-on pas soutenir que la distinction des choses en *res Mancipi* et *res nec Mancipi*, est un souvenir de la copropriété de famille ? A l'époque où florissait la copropriété de famille, les terres labourables, les maisons, les esclaves et les animaux de labour appartenaient à la famille, ils constituaient l'*heredium* qu'un père devait nécessairement transmettre à ses enfants ; les autres biens, les armes, les vêtements, les meubles appartenaient exclusivement au père. A cette époque, le père pouvait aliéner les biens dont il avait la propriété exclusive, par simple tradition ; au contraire, il ne pouvait aliéner les biens de la famille sans le consentement des membres de la famille. Plus tard, on se passa de ce consentement. Il semble qu'alors on eût dû laisser complètement de côté la distinction des biens de famille et des biens dont le père avait la propriété exclusive : non, les Romains qui abandonnaient difficilement leurs anciennes coutumes, continuèrent à exiger, au moment de l'aliénation des biens de la famille, la présence des membres de la famille ou de témoins qui jouaient un rôle muet. Ils appelèrent *res Mancipi* les choses qui devaient être aliénées en présence de ces témoins.

Cette explication nous rend compte de plusieurs particularités : Les chameaux et les éléphants, qui furent importés en Italie vers la fin de la République, étaient considérés comme *res nec Mancipi* et pourtant ils étaient des bêtes

---

(1) Accarias, t. I, p. 468, note 7.

de somme et de trait (1). C'est que les chameaux et les éléphants n'étaient pas connus des Romains à l'époque où existait la copropriété de famille, dès lors ces animaux ne pouvaient pas constituer des biens de famille, et des *res Mancipi*. Les immeubles situés en dehors de l'Italie ne constituaient pas des *res Mancipi* (2), car à l'époque où existait la copropriété de famille, les Romains étaient cantonnés dans l'Italie, ils ne possédaient que des immeubles italiques ; les immeubles italiques seuls étaient des biens de famille. Quant aux immeubles situés en dehors de l'Italie, n'étant pas encore possédés par les Romains, ils ne pouvaient pas être biens de famille et *res Mancipi*.

La distinction des biens en *res Mancipi* et *res nec Mancipi* perdit une partie de son importance lors de la création de la propriété bonitaire, Justinien la fit disparaître en supprimant les *res Mancipi* (3).

### § 3. — De la copropriété de famille pendant la vie du père.

Nous avons admis que les membres de la famille étaient copropriétaires des biens paternels. Le père à sa qualité de copropriétaire joint celle d'administrateur. Bornons-nous à étudier les droits du père. Nous ne trouvons aucun texte formel qui défende au père d'aliéner librement les biens de la famille ; mais nous ne manquons pas d'indices

---

(1) Gaius, II, § 16.

(2) Cicéron, *pro Flacco*, 32. — Gaius, II, §§ 15 à 18.

(3) Loi I, Code 7, 31.

qui nous permettent de conclure à l'existence de cette règle protectrice des droits de la famille.

Nous nous occuperons successivement des aliénations entre vifs et des testaments; puis nous nous demanderons si la famille n'avait pas le droit de contrôler la gestion du père.

1<sup>o</sup> *Aliénations entre vifs.* — En droit romain, on distinguait les conventions et les modes de transfert de la propriété. Les conventions, la vente, l'échange, etc., engendraient seulement des obligations; la propriété n'était transférée que par l'accomplissement de certaines formalités, qui constituaient la tradition, la mancipation, la *cessio in jure*. Deux de ces modes de transfert, la mancipation et la *cessio in jure*, s'appliquaient exclusivement aux *res mancipi* (1).

La mancipation, son nom même l'indique, ne s'appliquait primitivement qu'aux choses que l'on peut saisir avec la main, *manu capere*, les animaux, les esclaves. Ce mode d'aliénation ne s'appliquait pas aux immeubles; d'où je conclus que les immeubles étaient inaliénables (2). Nous retrouvons un vestige de cette règle à l'époque classique; le fonds qui renfermait le tombeau de la famille ne pouvait être aliéné (3). Autrefois, ce n'était pas seulement le tombeau, c'étaient tous les immeubles qui étaient inaliénables.

---

(1) Ulpien, XIX, §§ 3 à 9.

(2) Garsonnet, *op. cit.*, p. 72. — Il est certain que dans l'ancien droit romain la tradition d'un immeuble ne produisait aucun effet, la mancipation était impossible, la *cessio in jure* était également impossible (voir page 83) et ne pouvait donc pas transférer la propriété d'un immeuble.

(3) Poinsel, *Rev. historique*, 1879. — Cicéron rapporte que Caius Antoninus fut chassé du Sénat pour avoir vendu ses terres. (*Orat. in senat. in tog. cond.*) Garsonnet, p. 72.

Il vint une époque où les fonds de terre ont pu, grâce à une fiction, être soumis à la mancipation : on admit qu'il suffirait de toucher avec la main une motte de terre pour que l'on fût sensé tenir avec la main le fonds tout entier. A ce moment, l'aliénation de tous les biens de famille était possible. Est-ce à dire que la mancipation fût permise librement ? — La mancipation, à l'époque classique, était hérissée de formalités. Huit personnes y figurent : l'aliénateur, l'acquéreur, un *libripens* et cinq témoins ; toutes doivent être pubères et citoyens romains. Le *libripens* tient à la main une balance de cuivre ; l'acquéreur touche la chose aliénée, prononce une formule solennelle, frappe le plateau de la balance avec un lingot de cuivre ; les témoins écoutent, il paraît même qu'ils prononçaient des paroles solennelles. Telle était, dit M. Accarias (1), la mancipation à l'époque classique ; il est plus que probable que telle ne fut pas la mancipation primitive. Les témoins devaient jouer, avant les XII Tables, un rôle plus considérable. M. Accarias pense que primitivement le peuple tout entier assistait à l'aliénation des *res Mancipi*, et ratifiait cette aliénation. Plus tard, quand le peuple eut augmenté en nombre, il se contenta de nommer des représentants pour assister aux aliénations, chaque classe du peuple désignait un témoin appelé pour cette raison *classicus testis*. Plus tard enfin, on prit cinq individus quelconques qui se bornèrent à écouter les parties. Si l'on demande pourquoi les Romains continuèrent d'exiger la présence des témoins à cette époque où leur consentement à l'aliénation n'était plus nécessaire, on répond que les Romains étaient de scrupuleux observateurs des anciennes formes. Ils préfé-

---

(1) Accarias, t. I, p. 531.

raient conserver une formalité inutile plutôt que de rompre avec la tradition.

Qu'il me soit permis de donner une autre explication. Ne pourrait-on pas soutenir, qu'en droit romain comme dans le droit hindou, l'aliénation d'un bien de famille n'est possible qu'avec le consentement de tous les membres de la famille? Ne pourrait-on pas dire que les cinq témoins qui, à l'époque classique, figuraient dans la mancipation, représentaient tous les membres de la famille qui à une époque antérieure participaient et consentaient à l'aliénation d'un bien de famille? Il est difficile d'admettre avec M. Accarias que le peuple tout entier dût être consulté quand il s'agissait de vendre un bœuf ou un esclave. Au contraire, il est très logique et très naturel de prétendre que le consentement de tous les copropriétaires était nécessaire pour la vente d'un objet indivis! — Sous la république (1), la femme *sui juris* ne pouvait aliéner ses *res Mancipi* sans le consentement de ses plus proches parents. Ne peut-on pas voir dans cette prohibition un vestige de cette antique règle qui défendait au père de manciper un bien de famille sans le consentement de la famille?

Le second mode qui sert à transférer la propriété des *res Mancipi* est la *cessio in jure*. L'acheteur et le vendeur se rendent devant le magistrat, l'acheteur revendique la chose vendue comme sienne, le vendeur ne contredit point, le magistrat proclame l'acheteur propriétaire (2). Ce mode de translation de la propriété est moins ancien que la

---

(1) Ulpien, XI, § 27.

(2) Gaius, II, § 24, et Ulpien, *loc. cit.*

mancipation (1). Dans quel but a-t-il été imaginé? les jurisconsultes romains ne le disent pas. Pourtant, si l'on considère son caractère, et si l'on remarque que dans toutes les législations, les parties contractantes ont toujours recours aux procès fictifs pour cacher une aliénation ou une donation, on sera très porté à admettre que primitivement la *cessio in jure* ne servait qu'à tourner la règle d'inaliénabilité des biens de la famille?

En France et en Allemagne, les parents copropriétaires devaient, eux aussi, consentir aux aliénations de biens de famille. Au moyen âge, quand ce consentement ne fut plus requis, on accorda aux parents le droit de retirer l'immeuble vendu. Voici en quoi consistait ce droit, qu'on appelle *retrait lignager*. Tout individu pouvait vendre librement ses biens de famille à un étranger, mais après la vente, les proches parents du vendeur pouvaient se substituer à l'acheteur en remboursant à celui-ci le prix d'acquisition et tous les frais. En droit romain, une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius nous apprend qu'autrefois le retrait lignager existait en Italie et en Illyrie : *Dudum proximis consortibusque concessum erat...* (2) Ceux qui exerçaient le retrait, c'étaient les proches parents, et les *consortes* du vendeur. Or ce mot *consortes* désigne ceux qui ont des droits sur un patrimoine commun (*cum sortiri*). Peut-être le droit de retrait était-il accordé à ceux-là seulement qui avaient été autrefois copropriétaires des biens du défunt? La plus grande obscurité entoure cette institution.

---

(1) Il est probable qu'à l'origine la *cessio in jure* ne s'appliquait qu'aux choses qu'on pouvait saisir avec la main : *hanc rem meam esse*; elle ne s'appliquait donc pas aux immeubles.

(2) Loi 14, Code, 4, 38.— Gauckler, *op. cit.*, p. 76.— Garsonnet, *op. cit.*, p. 74.

La mancipation et la *cessio in jure* perdirent une grande partie de leur importance au commencement de l'empire, après l'invention du domaine bonitaire. Autrefois, la simple tradition d'une *res Mancipi* ne produisait aucun effet, désormais cette tradition fait entrer la chose livrée dans le patrimoine (*in bonis*) de l'*accipiens*. L'acquéreur a seul le droit de jouir, d'user, de disposer de la chose livrée, il commence à usucaper la chose : le *tradens* quoique propriétaire, ne peut plus reprendre la chose; ni arrêter l'usucapion commencée par l'acquéreur. Après l'accomplissement de l'usucapion, l'acquéreur devient véritable *dominus* (1).

La mancipation et la *cessio in jure* se maintinrent jusqu'à Justinien, mais il n'en est plus question dans la législation de ce prince (2).

2° *Testaments*. — Le testament a été connu en Italie dès la plus haute antiquité, mais nous savons qu'il était rarement pratiqué. En effet, Tite-Live nous apprend, comme un fait très extraordinaire, que Procas, roi des Albains, donna l'héritage de sa famille à Numitor, son fils aîné, et dépouilla son second fils (3) ; il nous apprend que c'est en vertu d'un testament que Tarquin recueillit seul la succession paternelle aux dépens du fils posthume de son frère Aruns, qu'Ancus Martius nomme par testament un tuteur à son fils. Si le testament eût été journellement pratiqué, Tite Live n'eût point pris la peine de nous citer ces exemples comme des faits mémorables. D'un autre côté, nous savons que dans le très ancien droit, on ne

---

(1) Gaius, II, § 41.

(2) Accarias, t. I, p. 536.

(3) Tite-Live, I, chap. 3.

connaissait que deux formes de testaments : le testament *calatis comitiis*, et le testament *in procinctu*. Le testament *in procinctu*, réservé aux troupes faisant partie d'une expédition militaire, était essentiellement provisoire, et devait être refait après la fin de la guerre.

Le testament *calatis comitiis* était le testament normal ; il se faisait en public, devant les comices par curies, qui n'étaient accessibles qu'aux seuls patriciens. Il est très probable que les patriciens réunis en comices devaient discuter et approuver le testament (1). On comprend difficilement que toute une classe du peuple se rassemble uniquement pour jouer le modeste rôle de témoins, pour écouter la fastidieuse lecture d'un testament. Les comices rendaient de véritables lois, et une loi était nécessaire pour changer l'ordre légal de transmissions des biens. Le peuple était intéressé à la conservation des familles qui font le soutien d'un Etat, il devait donc s'opposer à ce qu'on dépouillât ces familles du patrimoine qui leur était dû (2).

Un auteur va jusqu'à dire que le testament ne pouvait être fait que par ceux qui n'avaient ni enfants ni descendants (3). Certains textes parlent d'adoptions testamentaires (4) ; de cette expression, on déduit que le testament était autrefois une adoption et que, comme l'adoption, il

---

(1) Gaius, II, § 101. — Instit. de Justin., liv. II, tit. X, § 1.

(2) Accarias, t. I, p. 798. Avec le temps, l'intervention du peuple ne fut plus qu'une simple formalité, les curies devinrent de simples témoins. Est-ce la loi des XII Tables qui a produit ce changement, ou bien n'a-t-elle fait que consacrer un usage déjà reçu ? Nous ne le savons. Ce qui est certain, c'est que la loi des XII Tables concède à tout individu la liberté de tester.

(3) Ganz, cité par Gauckler, *op. cit.*, page 96.

(4) *Cæcilius enim moriens testamento adoptavit eum, heredemque fecit*. Corn. Nepos, *Attic.* V. — César adopta Auguste par testament ; Tibère adopta Caligula également par testament.

était défendu à celui qui avait des descendants. Mais cette opinion n'est malheureusement qu'une conjecture. Les textes que l'on invoque se réfèrent probablement à l'*adoptio regia* faite par un empereur au moment de sa mort, et qui différait tellement de l'adoption ordinaire qu'elle ne produisait même pas entre l'adoptant et l'adopté, ces rapports de filiation fictive engendrés par l'adoption ordinaire (1). Du reste, les exemples cités par Tite-Live montrent clairement qu'un homme pouvait faire son testament alors même qu'il avait des enfants.

Les comices ne se réunissaient pour délibérer sur les testaments que deux fois chaque année, puis ils n'étaient accessibles qu'aux patriciens ; dès lors, tous les plébéiens, tous les patriciens, que la mort surprenait avant l'ouverture des comices, ne pouvaient pas faire leur testament : aussi, dans les premiers siècles de Rome, les testaments étaient-ils très rares.

Il paraît qu'à cette époque, on connaissait un contrat analogue à l'affatome des Francs. Un propriétaire pouvait transférer à un autre la propriété de tous ses biens par une mancipation. L'*accipiens* s'engageait par des pactes adjoints à accomplir certaines prestations que lui imposait le *tradens*. L'*accipiens* était dans une situation analogue à celle de l'héritier institué, chargé d'exécuter certains legs, mais il acquérait sur les biens mancipés, un droit de propriété irrévocable. Puisque ce transfert s'opérait par une véritable mancipation, on devait appliquer les règles ordinaires des mancipations, en particulier exiger la présence des cinq témoins (2). Peut-être qu'autrefois, au

---

(1) De Iehring, *op. cit.*, tome II.

(2) Gaius, II, § 104.

lieu de la présence des témoins, on exigeait le consentement des membres de la famille du disposant. Quoi qu'il en soit, la *mancipatio familiæ* se transforma rapidement en un véritable testament révocable et secret, elle finit par supplanter les autres formes de testaments.

Depuis la loi des XII Tables jusqu'à l'époque classique, on a toujours admis que le père de famille pouvait, même sans motif, exhéréder ses enfants et par ce moyen les priver de toute part dans le patrimoine de la famille ! — Mais, objectez-vous, cette faculté d'exhérédation est en opposition manifeste avec la théorie de la copropriété de famille. Si le fils est copropriétaire des biens de son père, le père ne peut pas plus le dépouiller de ses droits qu'un particulier ne peut, de sa propre autorité, exproprier un particulier ! Si le fils est propriétaire, le père doit respecter ce droit de propriété (1) !

Il est facile de réfuter cette objection. Le fils de famille est copropriétaire, non pas parce qu'il est issu de son père, mais parce qu'il est membre de la famille de son père. S'il sort de cette famille, il cesse à l'instant même d'être copropriétaire : or on a toujours admis que le père pouvait sans aucune restriction, chasser un fils de sa famille et par conséquent le priver de tous ses droits de copropriétaire, soit par une émancipation, soit par une abdication ; on doit également admettre qu'il peut le chasser de sa famille et le priver de ses biens par une exhérédation. Paul (2) confirme cette manière de voir quand il nous dit : *nec obstat quod licet eos exheredare quos et occidere licebat*. — Le père pouvait tuer son

---

(1) Vernet, *op. cit.*, pages 12 et suiv.

(2) Loi 11, Dig., 28, 2.

fiis, à plus forte raison pouvait-il l'exhérer ! On voit donc clairement que le droit d'exhérédation n'est pas en contradiction avec la théorie de la copropriété de famille.

Après l'exhérédation, qui a pour effet de chasser de la famille le fils exhéréde, le père est considéré comme un homme sans enfant, il acquiert le droit de disposer de ses biens librement, au profit de qui bon lui semble. Mais le père n'obtient ce droit qu'autant qu'il exhérède formellement ses enfants : s'il lèguait ses biens à un étranger, sans avoir pris la précaution préalable d'exhérer totalement ou partiellement ses enfants, ses dernières volontés ne seraient point à l'abri de toute attaque. Les jurisconsultes étudient longuement cette situation qu'ils désignent dans la doctrine sous le nom de théorie de l'omission d'un héritier sien (1). J'indiquerai seulement les deux conséquences les plus importantes de cette situation.

1° Si le père omet d'instituer ou d'exhérer un fils, et s'il lègue par testament tous ses biens à un étranger, le testament sera radicalement nul, et avec le testament tomberont les legs, les clauses diverses qu'il contient.

2° Si le père qui fait un testament, passe sous silence une fille ou un petit-fils, le testament reste valable, seulement le descendant omis vient augmenter le nombre des héritiers institués.

Quel est le motif de ces deux règles ? Paul nous l'indique dans la loi 11 que nous avons déjà citée tant de fois. Les enfants, dit-il, sont copropriétaires des biens de leur père. Sans doute, une exhérédation formelle peut leur faire perdre ce droit de copropriété, mais une omission est insuffisante

---

(1) Instit. de Justin, liv. II, tit. 13, et Gaius, §§ 123 et suiv. du *Com.* II.

pour les priver de ce droit, *licet instituti non sint domini sunt*. Ils étaient copropriétaires, ils restent copropriétaires : le silence du père ne peut pas être interprété comme contenant exhérédation. Le fondement de ces deux règles est donc la copropriété de famille.

Cette interprétation est confirmée par d'autres textes. Le père n'est pas obligé d'instituer ni d'exhérer ses enfants émancipés, il peut les omettre impunément. Pourquoi ? Parce que ces enfants sont sortis de sa famille, ils ont perdu leur droit de copropriété. Les enfants omis par leur ascendant maternel ne peuvent pas se plaindre parce qu'ils ne sont pas copropriétaires des biens de cet ascendant. Ils sont de véritables étrangers vis-à-vis de cet ascendant ; or, un étranger ne peut jamais se plaindre d'avoir été omis dans notre testament (1).

Bref, à l'époque classique, le silence du père de famille ne suffit pas à priver ses enfants en puissance de leur droit de copropriété. Il semble que, dans le droit antérieur, le père de famille pouvait impunément omettre ses enfants en puissance, son silence équivalait à une exhérédation formelle. On déduit cette solution du texte de la loi des XII Tables : *Paterfamilias uti legasset de tutela, pecuniave suæ rei ita jussus esto*. Les ordres du père, quels qu'ils fussent, devaient être considérés comme une loi. Si le fils omis avait pu attaquer et faire tomber le testament, il aurait transgressé l'ordre de son père. Il semble donc que le fils ne pouvait pas se plaindre. Les textes ne nous fournissent aucun renseignement sur cette question, ils ne nous disent pas à quelle époque l'omission d'un fils a

---

(1) Justin., Instit., liv. II, tit. 14, §§ 3 et 4.

commencé à être une cause de nullité (1). Si les textes ont gardé un si profond silence, c'est que probablement les omissions étaient très rares, peut-être même inconnues.

Les historiens romains nous apprennent que les pères de famille usaient rarement de ce droit d'exhérédation (2). Sous l'Empire, les mœurs commençant à se corrompre, les exhérédations devinrent plus fréquentes. Pour les arrêter, le préteur permit aux enfants injustement exhérédés de demander l'annulation du testament de leur père en se basant sur ce chef que le père avait été fou au moment où il avait rédigé son testament ! Cette action, qui a pour but de faire tomber le testament, se nomme *querela inofficiosi testamenti* (3). Il est évident que le motif indiqué par le préteur, à savoir la folie du père, n'est qu'un simple prétexte, *hoc colore insanæ mentis*. Le véritable motif de la *querela* n'est pas mentionné dans les textes. Des auteurs ont cru le trouver dans la copropriété de famille. Les enfants, disent-ils, sont copropriétaires des biens de leur père, le père doit respecter ce droit de copropriété, il doit laisser intacts à ses enfants des biens qui leur appartiennent dès leur naissance (4). — Cette explication me semble fautive : elle contredit l'économie générale du droit romain. Nous avons vu, à l'origine, une famille toute-puissante, propriétaire des biens possédés par son chef, lequel était tenu de les conserver pour les

---

(1) Cicéron raconte que, dans sa jeunesse, un procès fameux fut plaidé par Crassus et Antoine. Il s'agissait de savoir si un père était tenu d'exhérer un fils qui passait pour mort et qui, en réalité, était vivant. Ce procès prouve que la théorie de l'exhérédation n'était pas encore bien assise.

(2) Vernet, *op. cit.* et Cicéron, *pro Rose. Amer.*

(3) Instit. Justinien, liv. II, tit. 18.

(4) Accarias, t. I, p. 888. — Ortolan, tit. I, p. 260, note 1.

remettre fidèlement en mourant à ceux qu'il a représentés durant sa vie. Cet ordre de choses a été changé et remplacé, non pas brusquement, mais insensiblement par un autre régime bien différent du premier dans lequel l'ancien régisseur devient le maître absolu du patrimoine commun, au point de pouvoir disposer, même après sa mort, comme bon lui semble en faveur du premier venu et sans être tenu d'en rien laisser aux siens. On aurait fait ensuite un retour subit vers le régime qu'on avait trouvé bon d'abolir quatre siècles auparavant, et l'on serait revenu à la législation de cette époque où le droit de tester était presque inconnu, était entravé dans l'intérêt de la famille. Ces procédés par sauts, voire par sauts en arrière, sont en contradiction flagrante avec la marche sagement et continuellement progressive que suit le droit romain (1). C'est donc une grossière erreur de prétendre que la *querela* a été inventée pour mettre en pratique la théorie de la copropriété ! Si cela était, il aurait fallu inventer la *querela* non pas au II<sup>e</sup> siècle de notre ère, mais au V<sup>e</sup> ou au VI<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ ! Du reste, j'ai montré précédemment que le droit d'exhérédation se concilie parfaitement avec la copropriété de famille. Quel est alors le fondement de la défense qui est faite au père d'exhérer sans motif ses enfants ? C'est le respect des droits du sang (2). Tout homme qui engendre un fils, doit procurer à ce fils les moyens de vivre, il doit lui laisser une portion de ses biens : c'est la nature qui le commande.

---

(1) Maynz, t. III, page 203.

(2) Brocher, *Histoire de la Réserve héréditaire*. — Boissonnade, *op. cit.*, p. 75. « Il faut voir dans ce nouveau principe une véritable déclaration des droits de la nature : la force des liens du sang a vaincu l'autorité égoïste du père de famille. »

Cette idée commença à se faire jour vers l'époque classique. A ce moment, la théorie de la famille artificielle était battue en brèche par le préteur qui s'efforçait de faire triompher les droits de la nature. L'analyse de la *querela* nous fournira la preuve de cette proposition. La *querela* était accordée, non-seulement aux héritiers siens exhérédés, mais encore aux enfants émancipés, et cependant ceux-ci n'avaient aucun droit de copropriété sur les biens de leur père. Les enfants exhérédés par leur mère ou un ascendant maternel, pouvaient faire tomber leur testament, et cependant il n'existait aucune espèce de copropriété entre une mère *sine manu* et ses enfants, entre un aïeul maternel et ses petits-enfants. Enfin la *querela* était accordée aux ascendants exhérédés par leurs enfants, aux frères et sœurs dans certains cas ; et pourtant ni les ascendants, ni le frère et la sœur n'étaient copropriétaires des pécules possédés par le *de cuius* (1). Tous ces exemples prouvent clairement que la *querela* n'était pas basée sur la copropriété de famille.

3<sup>o</sup> *Contrôle exercé par la famille.* — Nous avons reconnu à la famille hindoue le droit de contrôler la gestion du père de famille, nous avons vu que la famille pouvait priver le père infirme ou débauché du droit d'administrer les biens de famille. Il me semble que nous devons accorder les mêmes droits à la famille romaine : pour le prouver, j'invoquerai deux institutions de l'époque classique, l'interdiction du prodigue et la tutelle des femmes.

A l'époque classique, quand un homme ayant des

---

(1) Accarias, t. I, p. 888 et suiv.

agnats ou des *gentiles* dissipe follement les biens qu'il a recueillis dans la succession *ab intestat* de ses ascendants paternels, son plus proche agnat dénonce les faits au préteur qui prononce la formule d'interdiction : *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* (1). Désormais le prodigue ne pourra plus aliéner ses biens paternels qu'avec le *consensus* de son plus proche agnat. — Pourquoi frapper d'interdiction celui-là seulement qui dissipe ses biens paternels ? Pourquoi interdire celui qui a des enfants, des agnats ou des *gentiles* ? La réponse est facile. Parce que les biens paternels sont, non pas la propriété individuelle du prodigue, mais la propriété de sa famille. On comprend dès lors parfaitement que les copropriétaires du prodigue s'opposent à la destruction des biens ; veillent à la conservation de leurs droits ! — Si le prodigue n'a pas de parents, personne ne sera lésé par ses dissipations. S'il dissipe les biens acquis par son industrie ou en vertu d'un testament, les membres de la famille ne pourront pas se plaindre, car ces biens ne sont pas des biens de famille, ils sont la propriété individuelle du prodigue.

A l'époque classique, la copropriété de famille était presque entièrement effacée, les droits de la famille étaient considérablement amoindris. Si la famille avait à cette époque le droit de demander l'interdiction du prodigue, à plus forte raison avait-elle ce droit à l'époque où la copropriété de famille florissait ; peut-être même à cette époque, la famille avait-elle le droit d'interdire au père

---

(1) Paul, III, 4 a., § 7.

non-seulement la faculté de disposer des biens de famille, mais encore celle de les administrer (1) !

Un autre exemple remarquable du contrôle exercé par la famille nous est fourni à l'époque classique par cette institution très originale que l'on appelle tutelle des femmes. Les femmes pubères *sui juris* qui avaient reçu par voie de succession légitime, une portion du patrimoine paternel, étaient dans une situation analogue à celle de l'interdit pour cause de prodigalité. A défaut de tuteur testamentaire, elles étaient placées sous la tutelle de leur plus proche agnat, sans le consentement duquel elles ne pouvaient aliéner leurs *res Mancipi* provenant de la succession paternelle. Il leur était en outre défendu de léguer ces *res* par testament, même avec le consentement de leur tuteur (2). D'où vient cette prohibition ? Est-ce une suite de la faiblesse naturelle de la femme (*flagillitas sexus*) ? Evidemment non, puisque la femme peut sans aucune restriction aliéner ses *res nec Mancipi* et les *res Mancipi* qu'elle a acquises par testament ! Si la femme est incapable, relativement à certains biens, et pleinement capable relativement à d'autres biens, c'est que son incapacité tient à la nature et à l'origine des biens. Si la femme ne peut aliéner les *res Mancipi* qu'elle a acquises par voie de succession légitime de ses ascendants paternels, c'est que ces *res* constituent une part du patrimoine de la famille.

---

(1) Le préteur généralisa l'interdiction pour cause de prodigalité. Il tint pour prodigues tous ceux qui dissipaient leurs biens, quelle que fût l'origine de ses biens ; il plaça en curatelle ceux même qui n'avaient pas de parents. (Ulpien, XII, § 3.) L'interdiction ainsi généralisée se justifie, non plus par la copropriété de famille, mais par l'intérêt bien entendu du prodigue.

(2) Ulpien, XI, § 27. — *Laudatio funebris Turiæ*. — Accar., *op. cit.*, t. I, page 394.

Il est vrai qu'un partage a attribué cette part à la femme, mais les anciens copropriétaires ont conservé sur cette part, une sorte de domaine éminent. La femme ne peut accomplir aucun acte qui porterait atteinte aux droits des copropriétaires (1). Ce principe admis, toutes les singularités que présente le droit romain s'expliquent facilement. Les tuteurs peuvent céder, vendre l'exercice de la tutelle (2) ! Cette faculté se comprend parfaitement : un copropriétaire peut toujours céder ou vendre ces droits. — Le tuteur peut être un impubère, un sourd, etc. (3). Qu'importe l'âge, les infirmités physiques ou morales, le tuteur est un copropriétaire, or un sourd, un enfant, peuvent être propriétaires. — Le tuteur n'est pas forcé d'administrer (4), en effet, un copropriétaire ne peut jamais être contraint à administrer ses biens. — La femme peut aliéner librement ses *res nec Mancipi* (5) et les biens qu'elle a acquis par testament, cette proposition se comprend encore facilement, car la femme est seule et unique propriétaire de ces choses, elle peut en disposer à son gré, sans craindre de léser un copropriétaire qui n'existe pas. — Quand la femme est sortie de la famille de son père, elle est pleinement capable d'aliéner toute espèce de biens, alors tous les biens qu'elle possède sont sa propriété individuelle et exclusive ; en effet, en quittant sa famille elle a perdu toute espèce de droit au patrimoine de cette famille ; elle n'a emporté aucun bien de la famille. Quant aux biens

---

(1) Gauckler, *op. cit.*, page 61.

(2) Gaius, I, §§ 168 à 170.

(3) Gaius, I, §§ 177 et suiv.

(4) Gaius, I, § 190.

(5) Argument *a contrario* tiré d'Ulpien, XI, § 27.

qu'elle a acquis postérieurement à la *capitis deminutio*, ils sont absolument étrangers au patrimoine de la famille (1).

La copropriété de famille nous semble donc avoir été à l'origine le seul fondement logique de la tutelle légitime des femmes pubères (2).

§ 4. — De la copropriété de famille lors de la mort  
du père de famille.

Nous avons distingué les biens que possède tout individu en deux catégories : les biens dont il a la propriété exclusive, et les biens dont il a l'administration, c'est-à-dire les biens de famille. Nous avons montré, page 66, comment les biens de la première catégorie étaient dévolus aux héritiers lors du décès de leur propriétaire. Occupons-nous maintenant du sort des biens de famille. Nous rechercherons à qui ces biens sont dévolus et de quelle manière s'opère cette dévolution.

1<sup>re</sup> Question. — Quels sont les successeurs du père de famille ? — Sous le régime de la propriété collective de la

---

(1) La tutelle des femmes disparut graduellement. On admit d'abord que le père ou le mari de la femme pourrait lui nommer un tuteur par testament. Ce tuteur, qui était souvent un étranger, n'ayant pas l'espérance de succéder à la femme, refusait rarement son *consensus*. On permit même à la femme de choisir elle-même son tuteur : elle prenait pour tuteur un ami complaisant qui obéissait à ses moindres désirs. Auguste affranchit de la tutelle la mère de quatre enfants. Théodose étendit ce privilège à toutes les femmes.

(2) Certains auteurs, invoquant les nombreuses ressemblances qui existent entre la tutelle des femmes et celle des impubères, ont soutenu que la copropriété de famille était, elle aussi, le plus ancien motif de la tutelle des impubères. Ils ont dit que l'on ne plaçait en tutelle que les impubères qui avaient succédé aux biens de leur famille. Cette opinion n'est qu'une pure conjecture. (Voir Gauckler, *op. cit.*)

*gens*, alors que les particuliers cultivaient un lot qui leur était attribué par un partage périodique, il est probable qu'à la mort de chaque individu le lot dont il avait la possession retournait à la masse commune. La *gens* succédait donc aux terres laissées par tous ceux qui venaient à mourir. Plus tard on dut considérer que les lots étaient concédés moins à un individu isolé qu'à la famille restreinte de cet individu; dans cette situation, quand un des membres de la famille restreinte venait à mourir, le lot concédé à la famille ne retournait pas à la *gens*, mais continuait à être possédé par les autres membres survivants de la famille. Ce n'était qu'après le décès du dernier survivant des membres de la famille que le lot de terre retournait à la *gens*. Je crois donc que dans le très ancien droit, il n'y avait que deux ordres de successeurs : 1<sup>o</sup> les parents copropriétaires; 2<sup>o</sup> à défaut de ceux-ci, la *gens*. Quant à la règle nouvelle qu'introduisit la loi des XII Tables, à savoir que le plus proche agnat, et lui seul, prendrait la succession à défaut d'héritier sien (1), je la considère comme une exception aux anciens principes, exception utile, il est vrai, mais qui, aux yeux de la logique, me semble inexplicable. Il me semble, en effet, qu'après la mort du chef de famille, chacun des enfants devient propriétaire individuel et exclusif de la part qui lui est assignée dans les biens du père (2). Si un de ces enfants vient ensuite à mourir, ses frères ne pourront pas réclamer les biens qu'il laisse : quel droit ont-ils sur ses biens? Aucun, puisque leur droit de copropriété s'est évanoui par suite du partage. Si néan-

---

(1) *Si heres suus nec escit, proximus agnatus familiam habeto*. Voir Gaius, III, 22. — Ulpien, XXVI, 5. — Paul, *Sent.*, IV, 8, § 23.

(2) Voir plus loin, page 105.

moins le législateur leur permet de prendre les biens du défunt, biens qui, régulièrement, devraient retourner à la *gens*, c'est qu'il considère que les frères ayant cultivé ensemble les mêmes terres, ayant habité la même maison, ont un certain intérêt d'affection vis-à-vis les biens de leur frère défunt. Cette attribution de la succession au plus proche agnat est une faveur que la loi accorde à certains privilégiés, et comme toute règle exceptionnelle, elle ne doit pas être étendue hors des limites étroites dont le législateur l'a entourée. C'est au plus proche agnat que la succession est offerte : on déclare que lui seul pourra profiter de cette offre; vient-il à refuser, la succession ne sera pas offerte aux agnats du degré subséquent, mais elle fera retour à la *gens*, en vertu de la règle générale. Tous les commentateurs s'accordent à qualifier de bizarre et d'irrationnelle cette règle de la non-dévolution dans l'ordre des agnats. M. Accarias la considère comme une subtilité prétorienne inventée dans le but de faire bénéficier les cognats des biens successoraux. Autrefois, dit-il, la succession passait à l'agnat du degré subséquent, quand l'agnat du premier degré refusait de faire adition. C'est le préteur qui a décidé que la succession ne serait offerte qu'une seule fois à l'ordre des agnats : si le premier agnat refusait, ou appellerait après lui, non pas le second agnat, mais les cognats ! — On oppose le texte formel de la loi des XII Tables : *Si heres suus nec escit proximus agnatus familiam habeto*, mais M. Accarias répond que ce texte ne doit pas être pris à la lettre, la preuve de cette affirmation, il la trouve dans un texte de Paul, où nous lisons : *Legitimi heredes jure ANTIQUO intra centesimum diem nisi adierint, ad proximos eadem successio transfertur* (1); dans

---

(1) Paul, *Sentences*, liv. IV, tit. 8, § 21.

l'ancien droit, si le premier agnat ne fait pas adition dans les cent jours, la succession passait aux autres agnats du degré subséquent ! —

L'opinion de M. Accarias a été victorieusement réfutée par M. Machelard (1).

Je n'entrerais pas dans le détail des nombreux arguments fournis par ce savant auteur : je dirai seulement qu'il est difficile d'admettre que le préteur ait retiré aux agnats un droit dont ils avaient joui pendant plusieurs siècles, un tel acte eut été contraire à l'esprit éminemment conservateur qui animait les institutions prétoriennes. D'un autre côté, la plupart des éditions des *Sentences* portent, non pas *jure antiquo*, mais *jure civili* (2). Avec cette modification, on traduit : « Si les agnats n'ont pas fait en vertu du droit civil, adition dans les cent jours, la succession sera offerte aux cognats. »

L'explication que M. Accarias fournit de la règle *in legitimis heredibus, successio graduum non est*, me semble donc fautive : n'est-ce point là une excellente raison pour considérer l'explication que j'ai donnée comme étant la seule vraisemblable (3) ?

Cette classification des héritiers en trois ordres — héritiers siens, le plus proche agnat, et la *gens* — se maintint pendant très longtemps, elle fut modifiée par les préteurs et les empereurs. Je n'indiquerai pas les modifications nombreuses que les préteurs y ont apportées : il faudrait

---

(1) Machelard, *Dissertations de droit romain et de droit français*. Paris, 1882, pages 388 et suiv.

(2) Si on lisait *jure antiquo*, le texte de Paul présenterait une contradiction manifeste, le commencement du texte étant rédigé à l'imparfait et la fin *transfertur* à l'indicatif.

(3) Dubois, *op. cit. in fine*.

un volume pour en contenir l'histoire. Qu'il me suffise d'indiquer qu'on élargit l'ordre des héritiers siens, on en fit l'ordre important des *liberi*; à défaut d'agnats, on appela les cognats. Quant aux *gentiles*, il est probable que la succession arrivait rarement jusqu'à eux. Sous Justilien, les derniers vestiges de l'ancienne classification ont disparu, les héritiers ordinaires sont les descendants, les ascendants et les collatéraux.

2<sup>e</sup>. question. — De quelle manière s'opère la dévolution. — Je ne dirai pas comment la *gens* acquérait les terres de celui qui mourait sans laisser de descendants, les textes n'ayant pas résolu cette question.

Relativement au plus proche agnat, et aux héritiers externes institués par testament, les textes nous apprennent que l'hérédité était un véritable mode d'acquisition qui se réalisait à leur profit. La loi leur offrait de leur céder la propriété des biens du défunt, mais cette offre seule était impuissante à opérer le transfert de la propriété, il fallait qu'à cette offre vint se joindre une adition tacite ou expresse, et alors seulement s'opérait le transfert de la propriété. Le plus proche agnat ou l'héritier externe institué était libre d'accepter ou de refuser l'hérédité; tant qu'il n'avait pas accepté, la succession était dite jacente, l'hérédité n'appartenait à personne; le premier venu pouvait s'en emparer et l'usucaper; enfin les *sacra privata* du défunt étaient interrompus. Si l'agnat à qui l'hérédité était offerte, était *infans*, fou, s'il ignorait que la succession fût ouverte, il ne pouvait faire adition (1).

La loi n'applique pas ces principes aux héritiers siens.

---

(1) Accarias, t. I, p. 875 et suiv.

Qu'ils viennent recueillir la succession *ab intestat* de leur père, ou bien qu'ils aient été institués par son testament, ils sont propriétaires dès l'instant même du décès du *de cujus*, qu'ils le veuillent ou non, qu'ils le sachent ou non, *omnimodo, sive velint, sive nolint, heredes fiunt* (1). A dire vrai, les héritiers n'acquièrent pas la propriété des biens héréditaires par succession, *nulla videtur hereditas esse* (2); ils continuent à être propriétaires, *continuationem dominii*. En effet, les héritiers siens étaient copropriétaires des biens de famille du vivant même du père; après le décès du père, les héritiers siens continuent à être propriétaires des mêmes biens. Un seul changement va s'opérer dans la situation juridique des héritiers siens: du vivant du père, ils n'avaient pas le droit d'administrer les biens de famille; après le décès du père, chacun d'eux sera administrateur d'une proportion des biens du père, *liberam bonorum administrationem consequuntur*.

Les conséquences de cette situation sont nombreuses :

Les héritiers siens sont héritiers malgré eux et à leur insu; en effet, ils n'acquièrent pas un droit nouveau, ils conservent leur ancien droit de propriété, or on reste propriétaire sans le savoir, on reste propriétaire même malgré soi.

Il n'y a aucun intervalle entre la mort du *de cujus* et l'acquisition de sa succession par ses héritiers: en effet, les héritiers étant propriétaires du vivant du *de cujus*, ils restent propriétaires malgré sa mort; aucune solution de continuité ne se conçoit dans leur droit de propriété.

Un héritier sien venant à mourir, transmet à ses propres

---

(1) Instit. Just., liv. II, tit. 19, § 2.

(2) Loi 44, D., 28, 2.

héritiers sa part dans la succession : rien n'est plus simple ; tout copropriétaire en mourant transmet ses droits à ses propres héritiers.

La qualité d'héritier sien, que la loi reconnaît à certains descendants du père, nous apparaît donc comme une conséquence logique de leur qualité de copropriétaire. Un auteur a soutenu (1) que la copropriété de famille entraînait encore au profit des héritiers siens l'acquisition de plein droit de la possession des biens héréditaires. « En effet, dit-il, la raison nous apprend que les enfants du vivant du père ne sont pas seulement copropriétaires, ils sont encore copossesseurs de la maison qu'ils habitent, des terres qu'ils cultivent, il faut donc déclarer qu'ils conservent cette possession, lors de sa mort. Plinie, avocat et préteur à Rome, parlant des biens transmis aux héritiers domestiques (héritiers siens), dit : Ces biens qu'ils ont acquis, non comme des biens d'autrui, mais comme des biens leur appartenant et ayant toujours été possédés par eux, *quæ non ut aliena et speranda, sed ut sua semperque possessa*. Ce texte met sur la même ligne la propriété et la possession, *sua possessa*, il indique bien que les héritiers siens ont possédé ces biens pendant la vie de leur auteur. »

Je ne nie pas que les héritiers siens soient saisis, par la seule force de la loi, de la possession des biens du défunt, mais ce que je nie, c'est que cette saisine dérive de la copropriété de famille. Rien ne nous autorise à croire que les enfants soient possesseurs des biens de famille du vivant même du père de famille ; la possession n'est pas la conséquence nécessaire de la propriété, *nihil commune habet proprietas cum possessione*.

---

(1) Dubois, *op. cit.*

M. Dubois lui-même a prouvé que l'esclave institué était saisi de plein droit de la possession des biens du défunt (1). Or l'esclave n'étant pas copropriétaire des biens de son maître, il est évident que cette saisine ne dérive pas et ne peut pas dériver de la copropriété de famille. La saisine accordée aux héritiers siens étant la même que celle accordée à l'esclave, doit avoir la même cause que celle-ci. Cette cause, je n'ai pas à rechercher quelle elle est, il me suffit de savoir qu'elle n'est pas la copropriété de famille.

Après la disparition de la copropriété de famille, on aurait dû décider que les héritiers siens seraient assimilés aux héritiers externes. N'étant plus copropriétaires des biens du défunt, il n'y avait plus lieu de dire qu'ils acquerraient la propriété de ces biens, *inviti et ignorantes*, on aurait dû les soumettre à la nécessité de l'adition. On continua pourtant, par respect pour la tradition, à observer les anciens principes. A l'époque classique, le prêteur accorda aux héritiers siens le bénéfice d'abstention qui leur permettait de s'affranchir de toutes les conséquences fâcheuses de l'hérédité, l'obligation aux dettes, l'infamie résultant de la vente des biens. A part cette modification, la distinction des héritiers siens et des héritiers externes continua à être observée à Rome, et dans les pays de droit écrit en France.

### 3<sup>e</sup> Partage des biens de famille. — Le père mort, les

---

(1) M. Dubois invoque encore un argument : *L'usucapio pro herede* était impossible quand il existait un héritier sien. Or cette usucapion n'était impossible que dans le seul cas où l'héritier possédait les biens héréditaires. C'est donc que l'héritier sien est investi de plein droit de la possession des biens héréditaires. Je ne m'occuperai pas de cet argument, qui n'a rien de commun avec la copropriété de famille.

parents copropriétaires ont la faculté de partager les biens de famille.

A l'époque classique, on observait les règles suivantes : Si tous les héritiers siens sont du même degré, par exemple, si ce sont des fils ou des filles, ils prennent chacun une part virile; la mère, si elle est *in manu*, est comptée pour une fille. Si les parents sont à des degrés inégaux, par exemple si le père laissait un fils et les descendants d'un autre fils prédécédé, chacun de ces descendants prend une part égale à celle du fils survivant, car le droit de représentation n'existait pas (1).

Il est très probable que dans le très ancien droit, on devait observer les mêmes règles, quand on procédait au partage des biens de la famille.

Un auteur (2) prétend qu'à la mort du père, les enfants devaient rester dans l'indivision, qu'ils élisaient un chef pour administrer les biens de la communauté. Cette réunion de parents copropriétaires constitue la communauté de famille agnatique. Cette communauté se serait produite nécessairement à la mort de chaque chef de famille. A l'appui de son opinion, cet auteur invoque plusieurs textes du Digeste qui nous montrent l'existence fréquente de communautés entre frères et proches parents (3). Ces textes, dit-il, sont un vestige de cette loi générale qui rendait autrefois la communauté de famille agnatique obligatoire entre tous les proches parents. L'action *familiæ erciscundæ* n'a été inventée qu'à l'époque de la loi des XII Tables, d'où l'on doit conclure qu'avant cette loi, il n'y avait aucun moyen de sortir de l'indivision.

---

(1) Accarias, tome II, page 26.

(2) Gauckler, *op. cit.*, pages 37 à 42.

(3) 52, § 6, D, 17, 2. — 27 D., 3, 5. — 46 D., 26, 7. — 39 D., 31.

Enfin on désigne souvent les proches parents par le mot de *consortes* (*communistes*).

Que cette communauté entre frères et proches parents ait existé dans certaines familles, je ne le nie pas. Mais ce que je conteste, c'est que cet état ait constitué le droit commun. Si les enfants eussent été contraints de rester dans l'indivision, ils auraient rapidement constitué de vastes associations qui seraient devenues autant de *gentes*. On partageait les biens de la *gens*, les biens conquis sur l'ennemi, pourquoi n'aurait-on pas pu partager les biens d'une famille ! Si les frères restaient dans l'indivision, c'était en vertu d'une convention analogue à celle prévue par l'article 815 de notre Code civil. Ils pouvaient, quand ils voulaient, sortir de l'indivision.

Quel sera le sort de la part attribuée à chaque copartageant ? Je crois qu'il importe de faire une distinction : si le copartageant est marié et père de famille, il me semble évident qu'il ne deviendra pas propriétaire exclusif des biens ainsi recueillis dans la succession paternelle, il en sera seulement copropriétaire, les autres copropriétaires étant sa femme *in manu* et ses enfants. Si le copartageant est et demeure célibataire, je crois qu'il sera propriétaire exclusif des biens qui lui seront attribués par le partage, car on ne conçoit pas que ses droits soient restreints par ceux d'un autre individu. J'ai déjà indiqué ces idées page 97.

Tels furent, ce me semble, l'organisation et le fonctionnement de la copropriété de famille à Rome. Nous avons trouvé, à l'origine, cette institution existant côte à côte avec la propriété collective de la *gens*. Quelques siècles plus tard, au commencement de notre ère, la propriété collec-

tive de la *gens* avait disparu, mais la copropriété de famille subsistait encore, quoique vigoureusement attaquée par le droit civil et la législation prétorienne. Vers la fin de l'époque classique, la copropriété de famille avait elle-même disparu, cependant ses profondes racines n'avaient pu être extirpées complètement et son influence existait encore. La distinction des biens en *res Mancipi* et *res nec Mancipi*, l'usage de restituer aux héritiers siens du condamné la moitié des biens confisqués, la tutelle des femmes, l'interdiction du prodigue, la qualité d'héritier sien et toutes les conséquences qui en découlent, la règle *proximus agnatus familiam habeto*, les conséquences de l'omission d'un héritier sien, tous ces usages portent l'empreinte de la copropriété de famille : je dirai plus, tous ces usages apparaissent comme des énigmes indéchiffrables à ceux qui refusent à croire à l'existence de la copropriété de famille.

---

## DEUXIÈME PARTIE

---

### LÉGISLATIONS DU NORD DE L'EUROPE

---

Au commencement de notre ère, les habitants du nord de l'Europe se divisaient en trois groupes : les Celtes, à l'ouest, les Germains, au centre, et les Slaves, à l'est.

1<sup>o</sup> Les Celtes comprenaient les Gaulois, qui habitaient la Gaule, et les Bretons, qui habitaient l'Angleterre. La linguistique, qui a démontré l'origine aryenne des Gaulois et des Bretons, a également démontré que ces deux peuples appartiennent à la même famille (1).

2<sup>o</sup> Sous le nom de *Germains*, qui veut dire *guerriers*, on fait rentrer une foule de tribus, que l'on répartit en trois groupes : les Istavons, sur le Rhin ; les Ignavons, vers la

---

(1) Gauthier, *op. cit.*, page 49. — Glasson, *Hist. de l'Ang.*, tome I, page 5.

mer du Nord ; les Herminons, entre l'Elbe et la Vistule (1). Les Istavons comprenaient les Helvètes, les Bataves, les Cattes, les Tenctères, les Usipiens. Parmi les Ignavons, on trouve les Chérusques, les Chauques, les Frisons (2). Les Herminons étaient les Suèves, les Semnones, les Hérules, les Vandales. Tous ces peuples appartenaient à une même famille, parente de la famille celte, et se rattachant comme elle à la race aryenne (3).

3<sup>e</sup> Les Slaves comprennent les Russes, les Lithuaniens, les Polonais, les Hongrois, les Serbes, etc. On les divise en deux groupes : les Slaves du Nord et les Slaves du sud.

La parenté qui existe entre la langue slave et la langue sanscrite a été mise en lumière récemment. Tous les auteurs admettent aujourd'hui que les Slaves appartiennent à la race aryenne (4).

La division la plus naturelle qui se présente à nous, serait de scinder notre sujet en trois chapitres, l'un consacré à la législation celtique, l'autre à la législation germanique, le troisième à la législation slave.

Mais un tel procédé nous conduirait à des redites et à des lenteurs inévitables. Nous préférons étudier, dans un premier chapitre, la copropriété de famille chez les peuples du Nord ; dans un second chapitre, la copropriété de famille en France depuis les invasions.

---

(1) Schulte, *op. cit.*, page 19.

(2) Zeller, *Origines de l'Allemagne*. Paris, 1876, page 107.

(3) De Valroger, *op. cit.*, page 87. — Schulte, page 17.

(4) De Valroger et Reclus, tome V, pages 300 et suiv.

## CHAPITRE III

---

### De la copropriété de famille chez les peuples du Nord de l'Europe.

---

Nous diviserons ce chapitre en deux sections : origine de la copropriété de famille, analyse et destinée de la copropriété de famille.

#### SECTION I<sup>re</sup>

##### ORIGINE DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE.

Nous nous proposons de montrer que la propriété individuelle des immeubles a été chez les peuples du nord de l'Europe, comme chez les Orientaux, un fait relativement récent, une phase nouvelle qui a remplacé le régime imparfait des propriétés collectives. Nous aurons donc à prouver que les Germains, les Celtes et les Slaves ont

connu la propriété collective de la tribu et la propriété collective du village ; nous rechercherons ensuite les nombreux vestiges de ces anciennes propriétés qui existent encore aujourd'hui.

I. PEUPLES GERMAINS. — Les Germains ont constitué primitivement un peuple pasteur et nomade (1).

Strabon (2), qui vivait sous le règne de Tibère, raconte que les Germains ne labourent ni ne sèment, qu'ils se déplacent facilement et qu'au besoin ils emportent tout sur leurs chariots ; mais il prête gratuitement à toute la race le genre de vie de quelques tribus arriérées. A l'époque de Tacite, les Sarmates (3) étaient encore nomades, les Cattes n'avaient ni terres ni maisons, mais la grande majorité des Germains pratiquait l'agriculture. Il nous semble impossible de déterminer l'époque où les Germains ont commencé à posséder les terres, d'indiquer le moment où ils ont abandonné la propriété collective de la tribu pour pratiquer la propriété collective du village : nous savons seulement qu'au siècle de César, les Germains ignoraient complètement la propriété individuelle du sol (4). César, décrivant les mœurs des Suèves, nous apprend qu'ils pratiquaient le travail en commun. La moitié des hommes s'occupait à faire la guerre, l'autre moitié restait dans le territoire de la patrie et cultivait les terres, les récoltes étaient partagées entre tous les membres de la tribu. L'année suivante, les rôles changeaient, ceux qui avaient fait la guerre venaient remplacer

---

(1) De Laveleye, *op. cit.*, p. 72. — Lehuérrou, *op. cit.*, p. 43.

(2) Strabon, VIII, 1, § 3. — Didot, page 241.

(3) Tacite, *de Mor. Germ.*, §§ 41 et 46.

(4) César, *de Bell. Gall.*, VI, § 22.

les laboureurs, ceux-ci devenaient soldats (1). Peut-être cet usage du travail en commun avec partage des fruits s'était-il pratiqué autrefois chez tous les Germains (2)? Chez les autres Germains, les terres étaient assignées non pas aux individus, mais à certains groupes dont nous ignorons la composition (3), César employant deux termes contradictoires, *gentes* et *cognationes*. Quelques auteurs pensent que ces groupes seraient les *pagi* ou *vici* dont César fait souvent mention dans ses Commentaires sur la guerre des Gaules, mais cette affirmation me semble bien hasardeuse (4).

Je serais tout disposé à croire que les terres, au siècle de César, appartenaient collectivement à la tribu, laquelle faisait chaque année des distributions ou répartitions soit entre les individus, soit entre les familles.

Après César, une transformation s'accomplit. Les Gaulois soumis par les Romains ont perdu leur esprit belliqueux, ils cessent d'inquiéter les Germains. D'un autre côté, les Romains savent tenir en respect leurs voisins d'outre-Rhin et arrêter leur excursions. Les Germains cessent de faire la guerre, ils prennent des habitudes plus sédentaires. Les groupes de parents, demeurant pendant de longues années aux mêmes endroits, finissent par se considérer comme propriétaires du terrain

---

(1) César, *op. cit.*, IV, § 1.

(2) Horace rapporte que le même usage était observé chez les Vaccéens. Odes, III, 24.

(3) César, *op. cit.*, VI, § 22 : *Magistratus ac principes in singulos annos gentibus cognationibusque hominum qui una coierunt, quantum et quo loco visum est agri attribuunt atque anno post, alio transire cogunt.*

(4) Garsonnet, *op. cit.*, page 43. — Geffroy, *op. cit.*, *Rev. des Deux-Mondes*, tome 98, pages 174 et 175.

qui leur était autrefois concédé par la tribu pour une période assez brève. C'est la famille agrandie, ou village — puisque dans l'opinion populaire, tous les habitants d'un village sont réputés issus d'un auteur commun (1) — qui est désormais propriétaire. Cette opinion avait jusqu'ici été adoptée par la grande majorité des auteurs (2) sur le fondement d'un texte fameux de Tacite (3) que je transcris littéralement : *Agri pro numero cultorum ab universis per vices occupantur quos mox inter se secundum dignationem partiuntur : facilitatem partiendi camporum spatia præstant. Arva per annos mutant et superest ager*. Je traduis de la manière suivante : « Les terres labourables sont possédées par tous à tour de rôle dans une proportion variant avec le nombre des cultivateurs, lesquels se partagent bientôt les terres entre eux selon leur rang. La vaste étendue des terres facilite ce partage. On change de terres tous les ans, et des terres restent encore inoccupées. » Tacite nous fait assister à l'opération suivante. Les terres labourables appartenant à un village sont divisées en deux ou trois cantons ou soles. Chaque année, la foule des laboureurs se porte sur un canton : on se le partage et chacun cultive son lot. L'année suivante, on abandonne les terres qu'on vient de cultiver, on se transporte sur une autre sole qu'on partage comme l'année précédente.

Les terres étaient-elles attribuées à chaque individu pris isolément, ou bien étaient-elles concédées à des familles

---

(1) Gautier, *op. cit.*, page 25.

(2) Notamment Gautier, *op. cit.*, page 32. — Minier, *Précis hist. de droit français*. Paris, 1854, page 34. — Lehuërou, *op. cit.*, p. 44. — De Laveleye, *op. cit.*, pages 71-97. — Garsonnet, *op. cit.*, page 36. — Ajoutez Waitz, Maurer, Sohm et autres cités par Fustel de Coulanges.

(3) Tacite, *Germ.*, § 26. — Il existe une autre leçon. Voir page 121, note 3.

ou feux ? Tacite parle de groupes de parents unis les uns aux autres par d'indissolubles liens (1). Non-seulement ils habitaient le même territoire, mais encore ils avaient le même culte. Ils se réunissaient en une assemblée unique, *mallum*, pour traiter de toutes les affaires qui intéressaient la communauté. Pendant la guerre, ils constituaient un bataillon séparé (2). Tous étaient tenus d'embrasser les haines et les affections de chaque membre de la famille (3). Si l'un d'eux avait été tué, tous les autres devaient se réunir pour punir le meurtrier ou bien conclure un traité avec l'offenseur, et percevoir l'indemnité ou *wergeld* payé par celui-ci.

Au sein de ce groupe qui certainement comptait un grand nombre de membres, se trouvaient une foule de petites familles ou *domus*, composées d'un homme, chef de la famille, d'une femme et des enfants auxquels le mari devait protection (*mundium*) (4). Il me semble que les terres devaient être attribuées à chaque foyer ou famille restreinte : c'est à ces familles qu'au moyen âge on distribuait les terres des communaux.

M. Fustel de Coulanges a soutenu devant l'Académie des sciences morales et politiques une opinion différente de la nôtre (5). D'après ce savant auteur, le texte de Tacite ne peut fournir sur la question qui nous occupe aucun renseignement certain, car Tacite s'est proposé de trancher non pas une question de propriété, mais une question d'a-

---

(1) Tacite, *op. cit.*, § 20.

(2) Tacite, *op. cit.*, § 7.

(3) Tacite, *op. cit.*, § 21.

(4) Zœpfl, cité par Garsonnet, *op. cit.*, page 46.

(5) Voir *Séances et Travaux de l'Acad. des sciences mor. et polit.*, mai-juin 1885, et aussi *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pages 189 et suiv.

griculture. Dans le commencement du paragraphe 26, le grand historien indique la manière de cultiver les terres en Italie, il est naturel de dire qu'à la fin du paragraphe il veut uniquement indiquer quel était le mode de culture en usage chez les Germains. Le paragraphe 26 est donc complètement étranger au débat. Mais alors quel était le régime des terres en Germanie ? Selon M. Fustel de Coulanges, une certaine étendue de terre était encore dans un état d'indivision, mais la plus grande partie du sol était soumise à la copropriété de famille. Chez les Germains, le testament était inconnu, les enfants étaient héritiers siens (1), les filles étaient exclues de la succession (2) : ces trois faits sont les signes caractéristiques de la propriété de famille ; puisque nous les rencontrons chez les Germains, c'est que chez eux la famille était copropriétaire des biens possédés par le père. Ces arguments sont corroborés par certains faits dont Tacite conserve le souvenir. Chez les Tenctères, les chevaux sont transmis avec la *familia*, or ce mot était employé à Rome pour désigner l'universalité du patrimoine (3), il doit avoir ce même sens sous la plume de Tacite.— Les maisons étaient entourées d'un enclos, or ce fait se concilie mal avec le communisme (4). Les esclaves qui cultivaient les terres payaient des redevances à leurs maîtres ; or, s'il y avait eu communisme, les esclaves auraient payé leurs redevances à la communauté (5). Enfin, si l'on interroge les auteurs anciens, Pline, Dion Cassius, Ammien-Marcellin, aucun ne parle du communisme agraire chez les Germains.

---

(1) Tacite, *op. cit.*, § 20.

(2) Lois des Ripuaires, 56, § 4 ; des Alamans, 57 ; des Thuringiens, VI, § 5.

(3) Gaius, *Commentaire*, II, § 102, et Tacite, *op. cit.*, § 32.

(4) Tacite, § 16.

(5) Tacite, § 25.

Malgré l'autorité et la science de M. Fustel de Coulanges, je crois devoir persévérer dans ma première opinion : il ne me paraît pas impossible de réfuter les arguments invoqués à l'appui de la thèse adverse. Et d'abord, n'est-ce point une erreur de soutenir que les filles étaient exclues de la succession paternelle? Tacite, voulant désigner les héritiers, n'emploie-t-il pas le mot *liberi* (1) qui désigne les filles aussi bien que les fils? — D'un autre côté l'argument déduit du texte relatif aux Tenctères me semble bien hasardé. Sans doute le mot *familia* désigne quelquefois le patrimoine tout entier, mais souvent il est employé pour désigner la famille (2), les esclaves, et Tacite ne dit pas auquel de ces deux sens il s'est référé. Le testament était inconnu, j'en conviens, mais est-il possible de déduire de ce fait que la copropriété de famille existait en Germanie? Il est vrai que Pline, Dion Cassius, Ammien-Marcellin ne parlent pas du communisme agraire des Germains, mais César nous affirme catégoriquement que le régime de la propriété collective était pratiqué en Germanie : direz-vous que depuis César à Tacite le régime des terres a changé? Mais alors m'expliquerez-vous pourquoi les historiens n'ont pas gardé le souvenir de cette évolution?

Tacite, en écrivant ces lignes fameuses : *agri pro numero cultorum ab universis per vices occupantur...* a certainement songé à l'*ager* des Romains. De même que l'*ager romanus*, qui appartenait à l'Etat, l'*ager germanus* devait appartenir à la tribu ou au village (3). Tacite voulant désigner les droits des particuliers, évite soigneusement les

---

(1) Loi 220, Digeste, L. 16.

(2) Loi 195, Digeste, L. 16.

(3) Garsonnet, *op. cit.*, page 43.

mots *habere*, *dominium* et autres qui désignent le droit de propriété, il emploie exclusivement les expressions *occupare*, *partiri*, qui correspondent aux mots possession, partage de jouissance.

L'ancienne langue allemande n'avait pas de terme pour désigner la propriété, on se servait des participes *aigands*, *habands* et autres qui impliquent une idée de possession (1). Tous ces faits ne prouvent-ils pas jusqu'à l'évidence que chaque individu pris isolément n'était pas propriétaire de terres. Dès lors, qui en était propriétaire ? La réunion de tous les possesseurs, la tribu ou le village (2) !

Il est très naturel de soutenir que les maisons appartenaient à tous ceux qui les habitaient, elles étaient donc soumises au régime de la copropriété de famille (3). Quant aux meubles, il est certain qu'ils étaient soumis au régime de la propriété individuelle (4).

Cet état de choses s'est maintenu en Germanie pendant plusieurs siècles. Aujourd'hui encore, dans les îles de North-Wist, en Ecosse, dont les habitants sont probablement d'origine germanique, on rencontre un partage périodique des terres arables qui correspond exactement au régime décrit par Tacite. L'île est occupée par 10 tenanciers qui ne cultivent aucune portion d'une manière permanente. Chaque année ils se réunissent et décident quelle partie du sol sera mise en culture : cette partie est partagée en 10 lots qui sont tirés au sort. L'année suivante,

---

(1) Jobbé-Duval, *op. cit.*, page 74.

(2) Waitz, cité par Carsonnet, page 42, et Viollet, *Précis*, page 472, lit ainsi le § 26 : *Agri ab universis vicis occupantur*. Cette leçon ferait supposer que la communauté de tribu existe encore.

(3) Glasson, *Observations sur la famille*, etc., vers la fin.

(4) Argument déduit du § 5 de la *Germanie*.

on abandonne cette part et on en reprend une autre. Après quelques années, l'île entière se trouve avoir été mise en culture (1).

Dans les autres Etats du centre de l'Europe et en Angleterre, le régime de la propriété collective du village, quoique disparu depuis longtemps, a laissé des traces ineffaçables, dont nous allons citer les principales : nous traiterons sommairement de la vente des terres, des biens communaux et de certains usages ruraux.

1° *Vente des terres.* — Les terres et en général les immeubles étaient autrefois inaliénables (2) : ce n'est guère qu'au ix<sup>e</sup> siècle qu'on commença à vendre les immeubles *in mallo*, et au xii<sup>e</sup> siècle on prit l'habitude de conclure les ventes devant le tribunal de la situation. Cette inaliénabilité ne peut être expliquée que par cette idée que les immeubles n'appartenaient point aux individus, ils étaient considérés comme la propriété de tous. Quand on autorisa la vente des immeubles, on exigea le consentement des voisins : le retrait de voisinage (*Nachbarrecht*), si vivace en Allemagne, n'est pas autre chose qu'une modalité de ce consentement (3). Il n'est point jusqu'à la saisine légale accordée dans certains cas à l'acheteur, qui ne soit un souvenir de la propriété collective. « Le droit de la tribu, dit M. Jobbé-Duval (4), a laissé des traces profondes : la

---

(1) De Laveleye, *Séances et trav. de l'Acad. des sciences morales et polit.*, sept 1885.

(2) Jobbé-Duval, thèse, page 88, et Viollet, *des Prop. collectives*, p. 494. La loi des Thuringiens, titre 13, concède le droit de vendre sa terre. La loi des Saxons, tit. 15, semble bien concéder le même droit. Voir Canciani, III, p. 58.

(3) Viollet, page 499, cite une donation faite en 839 où l'on voit figurer les voisins du même. *Précis d'histoire du droit*, page 474.

(4) Jobbé-Duval, page 71.

tribu préside au transfert des possessions, elle protège l'acquéreur contre les agressions violentes... Lorsque l'acquéreur a possédé pendant un an et un jour, il ne peut plus être inquiété, il jouit de la saisine légale, il est réputé possesseur aux yeux de tous. »

Plus tard, quand les ventes se firent régulièrement, il fallut, soit la possession d'an et jour, soit l'investiture légale conférée par le *mallum* ou par le tribunal, pour que l'acheteur pût bénéficier de la saisine légale; en l'absence de ces deux conditions, il n'avait qu'une saisine de fait, un droit si fragile que le moindre choc pouvait briser (1).

2° *Communaux*. — Les communaux sont appelés Marck ou Marche en Allemagne, Allmend en Suisse. La Marche est une terre qui appartient indivisément à tous les habitants d'un village aux conditions suivantes : chacun des participants doit exercer lui-même ses droits concurremment avec ses voisins, il ne peut ni vendre ses droits, ni provoquer un partage définitif (2). Les plus anciens documents relatifs à la Marche remontent au XII<sup>e</sup> siècle, ils nous montrent les terres communes divisées en deux catégories, les terres labourables d'un côté, les forêts et les pâturages de l'autre. Les terres labourables sont partagées entre tous les habitants; la jouissance des forêts et des pâturages est commune. Au XIII<sup>e</sup> siècle, le partage était en usage dans toute l'Allemagne. Dans plusieurs villages du gouvernement de Trèves, la maison et le jardin étaient les seules propriétés privées, tout le reste des terres était partagé. Ce régime s'est maintenu à Saarholzbach jusqu'en

---

(1) Beaune, *Droit coutumier*, page 423.

(2) De Laveleye consacre à la Marke germanique un chapitre entier de son ouvrage, pages 76 et suiv.

1863. Dans les autres villages, il a disparu à la fin du siècle dernier. Quelquefois une même terre appartenait à plusieurs villages : la hauteur de Bergstrasse et de l'Odenwald, qui s'étend sur 75 kil. de large, entre Darmstadt, le Rhin et le Neckar, et aussi le Rhingau, la Thuringe, l'Autriche, la Carinthie et le Brandebourg, le Tyrol ont formé pendant longtemps une seule Marche (1). La communauté des terres existait à l'époque de Tacite, elle existait encore au XII<sup>e</sup> siècle dans une certaine mesure, et elle s'est maintenue jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle ; sans doute nous ne trouvons, depuis le IV<sup>e</sup> siècle jusqu'en 1173, aucun document qui fasse mention de son existence, mais ce silence n'est-ce pas une preuve frappante de la persistance des institutions germaniques ? Le temps n'a rien changé aux caractères essentiels de la Marche, c'est toujours l'*Ager* décrit par Tacite, c'est un reste de la propriété collective (2).

Les Allmenden de la Suisse, les communaux de la Belgique sont soumis aux mêmes règles que les terres communes de l'Allemagne. Dans les Ardennes belges, notamment, les terres labourables sont partagées en autant de lots qu'il y a de ménages dans la commune, et chaque lot est attribué à chaque ayant droit par voie du sort, pour une courte période ; c'est exactement le régime décrit par Tacite (3).

Les Angles et les Saxons ont importé en Angleterre des usages semblables.

3<sup>o</sup> *Usages ruraux*. — La vaine pâture, le droit de pren-

---

(1) Garsonnet, *op. cit.*, pages 40 et 41.

(2) Garsonnet, p. 40 et 196. — *Contra* : Fustel de Coulanges, *Recherches*, p. 370 et suiv.

(3) De Laveleye, *op. cit.*, pages 268 et suiv., 344 et suiv.

dre du bois mort dans les propriétés d'autrui, vestiges de la propriété collective, existent en Allemagne et en Angleterre (1).

II. PEUPLES DE RACE CELTIQUE. — Nous possédons bien peu de documents relatifs aux Gaulois. « Quant aux Gaulois, dit M. Garsonnet, il n'y a pas de preuve directe qu'ils aient pratiqué la communauté des terres, et dans tous les cas, il est certain qu'elle n'existait plus chez eux à l'époque où elle était en pleine vigueur chez les Germains. Toutefois, je croirais volontiers qu'ils ont traversé cet état social et qu'ils s'y sont seulement arrêtés moins longtemps que d'autres peuples. Les communautés de village qui existaient encore au moyen âge en Bretagne ont dû avoir une origine celtique, car la Bretagne s'est toujours montrée réfractaire à l'influence des Germains (2). »

Les Celtes qui habitaient l'autre côté de la Manche ont laissé des traces nombreuses dans le pays de Galles, l'Irlande, l'Ecosse et l'île d'Anglesey. Ils ont, eux aussi, pratiqué le régime de la propriété collective de la tribu. On lit dans les *Brehons* (3) qu'il n'y avait autour des champs ni haies, ni fossés, que la terre n'était pas divisée jusqu'au temps des fils d'Aedslane. En Irlande et en Ecosse, la population se divisait en clans, et en septs. On appelait clan un groupe d'individus qui se croyaient issus d'un auteur commun. Le sept ou famille agrandie constituait une personne morale propriétaire d'un territoire dont une partie

---

(1) Garsonnet, page 526. — Lehr, *op. cit.*, pages 73 et suiv.

(2) Garsonnet, page 13.

(3) On appelle ainsi les recueils de l'ancien droit irlandais : une publication officielle en a été faite en 1863-1873.

était indivise, l'autre partie était partagée périodiquement entre tous les membres du sept (1).

III. PEUPLES DE RACE SLAVE. — La propriété collective de la tribu a dû exister autrefois sur tous les points du territoire occupé par les Slaves (2). Elle s'est conservée chez les peuples les plus rebelles à l'influence de la civilisation ; les nomades qui habitent le versant nord-est de l'Oural vivent encore soumis à cet état (3). Dans l'Oural, la terre et les bestiaux sont communs. Les Roskonites cultivent le sol en commun, chaque famille reçoit une part de la récolte. On rencontre le même usage chez les Obchtye (4). Il y a quelques années on rencontrait de vastes associations de trois à quatre cents villages propriétaires d'un même territoire (5).

Le régime de la propriété collective du village a existé chez tous les peuples slaves ; il existe actuellement encore en Russie. En Russie, le village propriétaire se nomme *mir* (6) ; il y a tout lieu de croire qu'il ressemble à la *gens* romaine. Le *mir* constitue une unité morale autonome, il est administré par l'ensemble des pères de famille réunis en conseil sous la présidence du staroste. Les terres du *mir* sont partagées périodiquement entre toutes les familles restreintes qui composent le *mir*. Autrefois, le partage avait lieu tous les trois ans ; aujourd'hui, on le

---

(1) J'emprunte ces renseignements à M. Glasson, *Hist. de l'Angleterre*, tome III, p. 609 et suiv.

(2) Lehr, *Eléments du droit civil russe*. Paris, 1877, pages 217 et suiv.

(3) De Laveleye, *op. cit.*, page 9.

(4) E. Reclus, *op. cit.*, tome V, p. 865.

(5) Garsonnet, *op. cit.*, page 588.

(6) De Laveleye, *op. cit.*, pages 12 à 16, et de Gerebzoïff, *Essai sur l'histoire de la civilisation en Russie*. Paris, 1858, pages 364 et suiv.

recommencé tous les neuf ans et même tous les quinze ans. Dans certains mirs, les familles conservent leurs lots tant qu'un nouveau partage n'a pas été demandé par les deux tiers des habitants.

Le mir existe en Russie depuis le moyen âge. La persistance de cette institution tient à deux causes, aux mauvais procédés de culture et à l'organisation patriarcale de la famille. La terre est promptement épuisée par la culture ; au lieu de lui rendre une fertilité factice par l'usage de l'engrais, on préfère changer de terre, on se transporte sur un sol neuf ou bien sur des terres qui se reposent depuis plusieurs années. D'un autre côté, l'autorité immense dont le père est investi contraint les enfants à demeurer toujours unis, à ne former qu'une seule association. Aujourd'hui, la culture intensive fait de rapides progrès en Russie, un certain esprit d'indépendance agite les jeunes gens, ils essaient de secouer le joug pesant de l'autorité paternelle, ils quittent la maison paternelle et vont former des établissements à part. Ces signes avant-coureurs nous permettent de prévoir que, dans peu de temps, l'institution du mir tombera en désuétude. On constate que les paysans s'attachent de plus en plus aux lots qui leur sont attribués, les partages deviennent de plus en plus rares, et même, depuis l'ukase de 1861, il suffit d'une demande faite par les deux tiers des habitants d'un village pour qu'un partage définitif soit ordonné, lequel substituera le régime de la propriété individuelle au régime de la propriété collective (1).

Chez les Hongrois, le régime de la propriété collective a disparu depuis près de huit siècles (2). Les Magyars pénè-

---

(1) De Laveleye, pages 16 et suiv.

(2) Dareste, *Académie des sciences morales et politiques*, mai 1885.

trèrent dans la Hongrie vers l'an 800, ils se divisaient en cent et quelques tribus, dont chacune était composée de plusieurs familles organisées suivant la forme patriarcale. Le cantonnement eut lieu par familles ou *gentes*, et l'on laissa aux chefs des familles le soin de faire entre leurs subordonnés des répartitions de terres plus ou moins précaires. Ces répartitions devinrent de moins en moins fréquentes, puis elles cessèrent complètement. Au <sup>x</sup><sup>e</sup> siècle, chaque famille restreinte était propriétaire du sol qu'elle cultivait.

Chez les Slaves du Sud, le régime de la propriété collective a cessé d'être pratiqué depuis très longtemps. Il n'est pas possible de préciser l'époque où il a été remplacé par la copropriété de famille. Actuellement, la majeure partie des Slaves fait partie de certaines associations appelées *zadrugas*; le reste des habitants est encore soumis au régime de la copropriété de famille (1).

## SECTION II

### ANALYSE ET DESTINÉE DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE.

Nous diviserons notre section deuxième en quatre paragraphes : composition de la famille copropriétaire ; quels sont les biens de la famille ; quels sont les droits de la famille, pendant la vie du père de famille, lors de sa mort (2).

---

(1) De Laveleye, pages 200 et suiv.

(2) Les sources auxquelles je puiserai sont les lois des Barbares, *Lex Alamannorum*, rédigée en 580, lois des Bavares, des Saxons, des Frisons, des Lom-

§ 1<sup>er</sup>. — Composition de la famille copropriétaire.

La famille germanique n'est pas organisée comme la famille romaine. La famille romaine est avant tout fondée sur le lien de la puissance paternelle. La famille germanique est basée sur l'idée de parenté, sur les liens du sang (1). En Germanie comme à Rome, la famille est placée sous l'autorité du père de famille, mais à Rome cette autorité est despotique, inexorable, sans limite; en Germanie et en Angleterre, elle est plus douce, elle constitue une mesure de protection établie dans l'intérêt des enfants. A Rome, la puissance paternelle dure pendant toute la vie du père. En Allemagne et en Angleterre, le fils est soustrait à la puissance de son père dès qu'il peut se protéger lui-même, c'est-à-dire vers l'âge de douze ans.

Le mariage est la base de la famille. Autrefois le mari achetait sa femme (2). A l'époque des invasions, le prix d'achat était devenu symbolique. C'est la remise de la femme au fiancé qui fait commencer l'autorité maritale. La femme, les enfants sont soumis au *mundium* du père. Le père a droit au *wergeld* de tous ceux qu'il protège. Il

---

bards contenues dans *Barbarorum leges antiquæ*. Canciani, Venise, 1781, ou *Corpus juris germanici antiqui*. Walter, Berlin, 1824. — Joignez le *Miroir de Saxe*, rédigé en 1224; *Miroir de Souabe*, rédigé en 1272; *Droit municipal saxon*, en 1304. Dans Homeyer, *die deutschen Rechtbücher des Mittelalters*. Berlin, 1856.

(1) Glasson, *Observations sur la famille*, etc., pages 7 et suiv. — Schulte, *op. cit.*, pages 496 et suiv. — Glasson, *Histoire de l'Angleterre*, tome I, p. 104 et suiv.

(2) Lehuërou, *op. cit.*, page 39. — Schulte, *op. cit.*, page 29. — Ginoulhiac, *op. cit.*, page 28.

est propriétaire des biens que le fils acquiert dans son bas âge.

Il nous a été très facile de déterminer le nombre des parents copropriétaires en droit romain : c'étaient tous les parents soumis à la puissance paternelle. Il nous sera très difficile de dire quels sont les parents copropriétaires en Allemagne et en Angleterre.

Les fils légitimes étaient certainement copropriétaires : ils étaient héritiers siens (1); ils pouvaient contraindre le père vivant à leur abandonner une portion de ses biens; leur seule présence empêchait le père de disposer librement de ses immeubles : tous ces faits ne peuvent s'expliquer que comme des conséquences du droit de copropriété dont les fils sont investis (2).

Quant aux filles, il semble au premier abord qu'elles ne sont pas copropriétaires, car elles sont exclues de l'héritage immobilier de leurs parents, ou du moins, elles n'arrivent à leur succession qu'à défaut de fils. Mais si l'on recherche l'origine de cette exclusion, on remarque qu'elle dérive d'un autre ordre d'idées. Permettre aux filles de partager les biens de famille avec leurs frères, puis de transporter ces biens dans les familles de leurs maris, c'eût été favoriser le morcellement des propriétés immobilières, et, par conséquent, diminuer l'importance des familles, affaiblir l'Etat (3). L'exclusion des filles est donc une loi d'organisation sociale, qui ne prouve nullement que les filles ne soient pas copropriétaires des biens de leur père.

La mère, primitivement achetée par son mari, soumise au *mundium*, et plus tard à la tutelle de celui-ci, pourrait,

---

(1) Tacite, § 20.

(2) Voir plus loin, pages 131 et suiv.

(3) De Laveleye, *op. cit.*, page 272.

elle aussi, être considérée comme copropriétaire; mais alors, pourquoi la loi lui refuserait-elle le droit de recueillir par voie de succession les biens de son mari prédécédé (1)? L'obscurité qui entoure cette question me semble impénétrable : « Il n'est pas, dit M. Gide, de système ou d'hypothèse sur l'état des femmes en Germanie, qui ne pût trouver en même temps sa confirmation dans certaines lois barbares, et son démenti dans d'autres (2). »

Les communautés familiales ne se composent pas seulement du père et des enfants, elles sont plus compréhensives. Selon MM. Malécot et Blin, « tous les parents indistinctement et à quelque degré qu'ils fussent, étaient considérés comme copropriétaires, » car en Allemagne tous les héritiers, à quelque degré qu'ils fussent, acquéraient de plein droit la propriété des biens du défunt, et cette acquisition de plein droit, comme nous l'avons vu dans notre chapitre 2, est une conséquence de la copropriété de famille (3).

« Divers symptômes, dit M. Viollet (4), nous permettent d'entrevoir une période primitive où les fils entraient en compétition avec les parents collatéraux. » Et d'abord, les fils partageaient avec les parents collatéraux le *wergeld* payé par le meurtrier de leur père. On voit souvent dans l'histoire des oncles disputer la succession de leur frère aux fils de celui-ci. Le retrait lignager, la réserve des collatéraux se rattachent à ce droit de copropriété des collatéraux.

---

(1) Schulte, *op. cit.*, pages 516 et suiv.

(2) Gide, *Etude sur la condition privée des femmes*, page 230.

(3) Malécot et Blin, *Précis de droit féodal et cout.*, page 144.

(4) Viollet, *Précis*, page 705.

*Peuples celtiques.* — César nous apprend que le père de famille gaulois avait droit de vie et de mort sur sa femme et ses enfants, mais il ne parle pas du patrimoine de ces derniers. Quant aux collatéraux, nous savons qu'ils vengeaient la mort de leur parent assassiné, qu'ils constituaient un tribunal domestique, mais nous ignorons absolument s'ils avaient des droits de copropriété sur le patrimoine de leur parent (1).

En Grande-Bretagne, les terres qui n'appartenaient pas au *sept*, étaient possédées par les familles restreintes, et étaient inaliénables, les fils excluait les filles, et le droit d'aînesse n'existait pas; à une époque postérieure, on permit d'aliéner les terres, mais on accorda au plus proche héritier le droit de rachat; on défendit de léguer les immeubles sans le consentement du plus proche héritier: ces symptômes nous permettent de conclure que la famille copropriétaire se composait non-seulement des enfants, mais encore des collatéraux (2).

*Peuples slaves.* — En Hongrie, nous trouvons des textes formels qui nous montrent le père, la mère et leurs descendants investis d'un droit de copropriété sur les biens de famille (3). Autrefois ils étaient fortement unis les uns aux autres, le meurtre de l'un devait être vengé par les autres, la composition payée par le meurtrier appartenait à la famille de la victime. En Russie (4), les descendants d'un individu sont certainement copropriétaires des biens

---

(1) César, *de Bell. gall. Com.* VI, §§ 13 à 21.

(2) Glasson, *Hist. de l'Angl.*, tome III, pages 640 et suiv.

(3) Dareste, passage cité.

(4) Spyridion Zézas, *Etude histor. sur la législat. russe*, pages 57 et 246; Code russe, art. 649.

possédés par cet individu, mais il est difficile de savoir si la mère de famille est copropriétaire des biens de famille ? Le Code russe paraît ne s'être pas préoccupé de cette question.

Chez les Slaves du Sud, les familles restreintes se composent du père, de la mère et de leurs descendants (1). Le père jouit de la puissance paternelle. Son autorité s'étend sur sa femme et sur ses enfants, elle est immense, pourtant elle ne confère pas au père le droit de vie et de mort. Il y a tout lieu de croire que les personnes soumises à cette puissance sont copropriétaires des biens de famille au même titre que le père.

## § 2. — Quels sont les biens de famille ?

Les développements que nous avons donnés plus haut nous permettent d'indiquer très rapidement quels sont les biens de la famille en Allemagne. Nous avons dit que la famille était propriétaire de la maison qu'elle habitait et du verger environnant ; peu à peu ce verger s'agrandit au détriment des biens communs. Peut-être dans certains villages, les partages finirent-ils par cesser complètement, et les particuliers commencèrent-ils à se considérer comme propriétaires du lot dont ils n'avaient auparavant que la jouissance ? — En Angleterre, les Angles et les Saxons victorieux, après avoir exproprié les Bretons, se sont partagé les terres de ceux-ci : nous avons vu que dans certains cantons ils avaient maintenu le régime de la propriété collec-

---

(1) Turner, thèse, p. 15.

tive du village; dans d'autres, ils ont probablement établi la propriété privée et attribué un lot à chaque père de famille. En Allemagne, comme en Angleterre, chaque père transmet à ses enfants la maison, le verger, puis le lot que le sort a attribué à la famille, lequel lot est augmenté et grossi par les acquisitions réalisées par le père. Le patrimoine de la famille se compose donc de toutes les terres transmises par voie de succession au chef de famille. A l'appui de cette opinion je citerai les textes suivants : *Si qua contentio orta est inter duas genealogias de termino TERRÆ EARUM, et alius dicit : hoc est noster terminus... etc.* (1). *Iste dicit : Hucus antecessores mei tenuerunt et in alodem mihi reliquerunt, alter vero ostendit alium locum et asserit suum et antecessorum suorum semper fuisse... etc.* (2).

*Liber homo qui in exilium missus est, si HEREDITATEM suam vendere voluerit... (3).* En Angleterre, il existe un texte encore plus clair : *emptions vel acquisitiones suas det cui magis vult, TERRAM autem quam ei parentes dederunt, non mittat extra cognationem suam* (4). — Il est évident que les maisons sont assimilées aux terres. — Au contraire, les meubles, les immeubles acquis par l'industrie du père, appartiennent au père seul, des textes lui permettent d'en disposer librement (5). En Danemark, en Islande et en Suède, on considère les immeubles patrimoniaux comme biens de la famille (6).

---

(1) *Lex Alamann.*, LXXXIV. — Walter, tome I, p. 226.

(2) *Lex Baiuvar.*, tit. 14, chap. 5. — Walter, tome I, p. 274.

(3) *Lex Saxonum*, XVII. — Canciani, tome III, p. 60.

(4) Lois d'Henri I<sup>er</sup>, chap. 70, cité par Glasson, tome II, page 256.

(5) Glasson, passage précité. — Schulte, *op. cit.*, page 537 : *Miroir de Saxe*, I, 52, 2.

(6) *Iydske Lovbog.*, chap. 34, cité par Jobbé-Duval, page 83.

Chez les Bretons, on ne distinguait pas les immeubles patrimoniaux des acquêts (1).

En Hongrie, on distingue bien clairement les biens de famille des autres biens dont le père a le droit de disposer librement. Les biens de famille sont les immeubles provenant du père et de l'aïeul. Les biens dont le père a le droit de disposer librement sont les meubles, et les immeubles acquis par son travail (2).

Chez les Slaves du Sud, les biens de famille sont les terres héréditaires. Chez les Russes soumis à la propriété collective du mir, les biens de famille sont la maison et le jardin environnant. Chez les autres Russes, ce sont tous les immeubles provenant de la succession des ancêtres (3).

### § 3. — Droit de la famille pendant la vie du père.

Le père, copropriétaire avec ses enfants et aussi ses autres parents, est investi sur les biens de la famille de larges pouvoirs. Bornons-nous à rechercher quelles sont les restrictions apportées à ces pouvoirs, en matière de ventes, de donations et de testaments.

1<sup>o</sup> Ventes. — Nous ne voyons pas que dans les *leges Barbarorum* les aliénations fussent interdites (4). Cepen-

---

(1) Glasson, t. III, p. 640 et suiv.

(2) Dareste, passage précité.

(3) De Laveleye, *op. cit.*, p. 24.

(4) *Lex Saxon.*, tit. 15, § 1 (Walter, tome I, page 389). *Traditiones et venditiones omnes legitimæ salvæ permanent.* — *Lex Thur.*, tit. 13 (Walter, I, page 380). *Libero homini liceat hereditatem suam cui voluerit tradere.* — Luitprand, 19 (Walter, I, p. 766) ... *et in XIX anno homini Longobardo sit legitima ætas, et quodcumque fecerit vel judicaverit de rebus suis stabili ordine debeat permanere.*

dant il est difficile de croire que toutes les ventes d'immeubles fussent permises librement : certaines restrictions devaient entourer les ventes de biens patrimoniaux. La loi des Saxons contient sur ce point une règle bien formelle. Laissant de côté les ventes faites à l'Eglise ou au Roi, et les ventes consenties par les individus pressés par la famine, le titre XV de cette loi défend à tout homme d'aliéner son héritage et ainsi de dépouiller ses héritiers (1). Il y a tout lieu de croire que les Alamans et les Bavaois (2) étaient soumis à une loi semblable. La loi des Bavaois, en permettant à un père de donner ou de vendre à l'Eglise la part des biens qui lui revient après un partage avec ses enfants, lui défend par le fait même, de vendre à qui que ce soit les autres parts de ses biens. La loi des Alamans, en permettant de livrer ses biens à l'Eglise, malgré la volonté des héritiers, défend de les livrer à d'autres qu'à l'Eglise (3).

Il était donc généralement défendu de vendre ses biens sans le consentement des héritiers : en cas de contravention à cette règle, l'héritier avait un droit de restitution du vivant même du vendeur (4).

Au moyen âge, les législations sont très différentes.

---

(1) *Lex Saxon.*, tit. 15, § 2. *Nulli liceat traditionem hereditatis suæ facere, præter ad Ecclesiam vel Regi, ut heredem suum exheredem faciat. Nisi forte famis necessitate coactus, ut ab illo qui hoc acceperit sustentur, mancipia liceat ei dare ac vendere.*

(2) *Lex Baiuw.*, I, § 1. (Canciani, tome II, p. 358) *Si quis liber voluerit et dederit res suas ad Ecclesiam, licentiam habet, postquam cum filiis suis partivit.*

(3) *Lex Alaman.*, I, tit. 1. (Canciani, t. II, p. 323.) *Si quis liber res suas vel semetipsum ad Ecclesiam tradere voluerit, nullus habet licentiam contradicere ei.*

(4) *Miroir de Saxe*, I, 52, § 1. — Je n'ai pas parlé du droit de préemption que le tit. 17 de la loi des Saxons accorde aux héritiers d'un homme envoyé en exil, car ce texte vise une hypothèse toute particulière.

Quelquefois ce droit d'approbation est réservé au plus proche héritier seulement, quelquefois il disparaît. D'une manière générale, il n'est requis que dans la vente des biens de famille. Quand la volonté de l'héritier est contraire à l'aliénation, le simple silence de celui-ci ne suffit pas pour empêcher la vente, il faut de plus une opposition formelle, faite dans l'année qui suit la vente (1).

Dans les villes, on étendit considérablement la permission de vendre un immeuble en cas de nécessité. A Fribourg, au <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle, l'héritier qui s'opposait à une aliénation devait s'obliger à nourrir le vendeur si celui-ci tombait dans la misère; aussi, le plus souvent, l'héritier préférerait-il ratifier la vente que de se soumettre à une pareille obligation (2). A Worms, le droit de consentement se transforme en un simple droit de préemption : Le vendeur devait offrir l'immeuble à ses héritiers : s'ils consentaient à l'acheter, ils en payaient le prix ; s'ils refusaient, le vendeur pouvait vendre l'immeuble à un étranger. Nous montrerons plus loin que ce droit de préemption qui existait encore en 1824 dans les villes libres, est une conséquence de la copropriété de famille (3).

En Angleterre, une des lois, attribuée à Alfred, défend aux propriétaires d'aliéner leurs *bona avita* sans le consentement de leurs héritiers présomptifs. Dans la pratique, le vendeur offrait l'immeuble à ses proches parents ; si ceux-ci voulaient l'acheter, ils devaient le faire dans le délai d'un an ; le prix était fixé par un jury de six personnes (4). Glanville permet au propriétaire de donner

---

(1) *Miroir de Souabe*, 349, cité par Schulte, page 530.

(2) Jobbé-Duval, thèse citée, p. 89.

(3) Jobbé-Duval, thèse, p. 90.

(4) *Commentaire sur les lois anglaises*, de Blackstone, trad. Chompré. 1823, tome II, p. 483.

une partie de ses propres, à *fortiori* lui permet-il de les vendre (1). Edouard I<sup>er</sup> autorise la saisie immobilière (2).

En Ecosse, une loi de David I<sup>er</sup> défend de vendre l'immeuble patrimonial, à moins que le vendeur ne soit pressé par le besoin et n'ait fait l'offre à ses héritiers (3).

Dans le Danemark, le propriétaire offre à trois jours d'audience distincts le bien patrimonial qu'il veut vendre à son plus proche parent du côté de son père ou du côté de sa mère, suivant qu'il l'a recueilli dans la succession de l'un ou de l'autre. Cette offre est affirmée au besoin par douze témoins ; si elle n'a pas lieu, les plus proches héritiers reprennent le bien et le vendeur leur paye une amende. Cette offre a été maintenue par le Code de Christian V, du 23 juin 1683, pour le cas où le vendeur est un paysan. Celui qui possède un domaine libre peut aujourd'hui le vendre avec un simple acte en présence de témoins honorables, quoiqu'il n'ait pas fait d'offre (4).

En Islande, un propriétaire ne peut pas vendre son héritage, quand son héritier présomptif s'oppose à l'aliénation (5).

Au moyen âge, on permit généralement aux propriétaires de vendre leurs biens patrimoniaux à des étrangers, et de débattre librement le prix, seulement on autorisa le plus proche parent à se substituer à l'acheteur, à charge d'indemniser ce dernier et d'exécuter toutes les clauses du

---

(1) Glanville, ch. 70, cité par Jobbé-Duval, page 101, et Glasson, tome II, p. 257.

(2) Edouard I<sup>er</sup>, *Statut XIII*, ch. 18, cité par Jobbé-Duval, p. 90.

(3) Citée par Jobbé-Duval, passage indiqué.

(4) *Iydske Lovbrog*, ch. 34, cité par Jobbé-Duval, p. 83 à 85.

(5) Gragas, pars prima, sect. IV, tit. 24.

contrat. Ce droit accordé à l'héritier prit le nom de retrait lignager : nous montrerons plus loin que ce retrait est une conséquence de la copropriété de famille.

Le retrait lignager était pratiqué dans toute l'Allemagne, il a été supprimé au commencement de ce siècle en Prusse et en Autriche (1) ; il existe encore actuellement en Bavière et dans le duché de Bade (2).

En Suède, le retrait lignager a été maintenu par le Code actuel de 1734 (3).

Chez les Celtes qui habitent le pays de Galles, il était autrefois défendu d'aliéner les terres sans le consentement des parents et des cousins : ceux-ci pouvaient revendiquer l'immeuble vendu contre leur volonté (4).

En Hongrie, le père ne peut aliéner entre vifs les biens de la famille que dans le cas de nécessité absolue. La vente se fait devant le tribunal de la situation de l'immeuble, tous les parents du vendeur ont le droit d'exercer le retrait lignager, et même, lorsque l'acheteur est un étranger, tous les habitants du village peuvent exercer le retrait de convenance (5). — Chez les Slaves du Sud, les terres héréditaires ne peuvent être vendues ; quant aux acquêts, ils peuvent être vendus librement, mais les membres de la famille peuvent exercer le retrait lignager (6).

2<sup>o</sup> *Donations*. — Les lois déjà citées des Alamans et des Saxons, qui permettent à tout individu de vendre ses biens

---

(1) Loi prussienne du 9 octob. 1807. — Code autrich., § 1073.

(2) Code badois, art. 1701. — Code bavarois, c. I, §§ 8, 10.

(3) Titre de la Propriété foncière, chap. 5.

(4) *Ancient Laws and Institutes of Wales*, cité par Jobbé-Duval, p. 102.

(5) Dareste, ouvrage cité.

(6) Turner, *op. cit.*, page 51.

à l'Eglise ou au roi, lui permettent également de les donner ; mais de même qu'il n'était pas permis de vendre, de même il n'était pas permis de donner un bien de famille à des particuliers sans le consentement des héritiers présomptifs. Aux arguments que j'ai donnés plus haut, j'ajouterai les considérations suivantes : La loi lombarde, qui permettait très facilement les ventes, prohibe expressément les donations faites au détriment des enfants (1). On trouve de nombreuses chartes de donations dans lesquelles on voit figurer les héritiers du disposant (2) : si les héritiers participent à la donation, c'est parce qu'ils ont dû consentir à l'aliénation ! — Aujourd'hui les donations d'immeubles sont faites devant le Tribunal de la situation, les intéressés peuvent faire opposition et le Tribunal peut refuser son autorisation (3).

En Angleterre, la loi déjà citée d'Henri 1<sup>er</sup>, défend de donner les terres patrimoniales : *emptions vel acquisitiones suas det cui magis vult, terram aulem quam ei parentes dederunt, non mittat extra cognationem suam*. Aujourd'hui chaque propriétaire peut donner ses biens à qui bon lui semble (4).

En Islande, les donations sont autorisées par les Gragas, à condition qu'elles aient un but avouable ; si le donateur a voulu frustrer ses héritiers, ceux-ci peuvent le faire con-

---

(1) Rotharis, 170 (Walter, I, page 708). *Nulli liceat sine certa culpa filium suum exheredare nec quod ei debetur per legem alii thingare.*

*Id.*, 171. *Si quis res alii thingaverit, posteaque cum contigerit filios legitimos procreare, omne thinæ, quod est donatio, quæ facta est, rumpatur et filii legitimi unus aut plures qui postea nati fuerint, heredes patri in omnibus succedant.* Luitprand, VI, 64. (Walter, I, page 783.)

(2) Viollet, *du Caractère collectif*, page 499.

(3) Lehr, *op. cit.*, page 194.

(4) Boissonnade, *op. cit.*, p. 604.

damner à l'exil. — L'octogénaire et celui atteint d'une maladie incurable ne peuvent faire de donations sans le consentement de leurs héritiers (1).

3<sup>o</sup> *Testaments*. — En Allemagne, le testament fut longtemps inconnu. Les lois lombardes accordent à celui qui n'a pas d'enfants un droit de disposition absolu, au père de famille un droit de disposition limité, mais il est difficile de savoir si ces actes de disposition étaient de véritables testaments (2). Le testament, dans le vrai sens du mot, ne fut pratiqué qu'au moyen âge. On commença à tester en faveur de l'Eglise, en faveur des petits-enfants par les femmes, des enfants issus d'un fils prédécédé, lesquels étaient écartés par les autres fils survivants du testateur. L'usage du testament se développa dans les villes, il pénétra plus difficilement chez les habitants des campagnes. D'après les lois actuelles (3), tout individu peut tester librement, jusqu'à concurrence de la quotité disponible. La même règle est suivie chez les Scandinaves (4).

En Angleterre, les Saxons comme les Allemands ne connaissaient pas le testament. Sous l'influence de l'Eglise, les rois permirent de disposer librement des acquêts. Si l'on faisait une libéralité à l'Eglise, il suffisait de deux témoins, si on léguait quelque immeuble à autrui, il fallait

---

(1) Gragas, pars prima, sect. 10, tit. 11.

(2) Rotharis, 170 et 171, déjà cités. — Luitprand, I, 6 ; IV, 19 ; VI, 11 et 19 ; VI, 113 ; dans Walter, t. I, pages 758, 766, 785, 787, 804. — MM. Schulte et Lehr pensent que le disposant devait se dépouiller de son vivant quand la disposition portait sur des immeubles. Schulte, *op. cit.*, page 534. — Lehr, *op. cit.*, p. 419.

(3) Code civil prussien, 1794, art. 762-766 ; Code bavarois, 14 et 15 ; Code civ. autrichien, 761-766 et 951. — Voir aussi Boissonnade, *op. cit.*, p. 716.

(4) Boissonnade, page 718.

quatre témoins (1). Après l'invasion normande, la théorie de la légitime fit son apparition. Le père de famille devait laisser à ses enfants les deux tiers de ses meubles et tous ses immeubles (2); Henri VIII permit de léguer les deux tiers des terres tenues à titre de chevalerie et toutes les terres tenues en soccage (3). Depuis cette époque, on fit de grands pas dans la voie de la liberté illimitée accordée au père de famille. Aujourd'hui, un père peut disposer de la totalité de ses biens, soit en faveur d'un de ses enfants, soit en faveur d'un étranger (4).

On admet généralement que le testament était inconnu chez les Gaulois : César, dans ses *Commentaires*, ne parle jamais du testament; au contraire, il emploie le mot *hereditas*, qui désigne la succession *ab intestat* (5).

Chez les Celtes réfugiés en Irlande, il était défendu de disposer des terres par testament sans le consentement des héritiers présomptifs (6).

Le testament était connu en Hongrie et en Russie dès le XI<sup>e</sup> siècle, mais il n'était accessible qu'à ceux qui n'avaient pas de descendants. De bonne heure, on permit au père de léguer les meubles et les acquêts, mais on défendit de disposer des biens de famille. En Hongrie, les legs de biens patrimoniaux faits par le père sont frappés de nullité absolue. Cependant le jurisconsulte Etienne Werbocki nous apprend que le père de famille noble pouvait disposer de ses propres par testament avec

---

(1) Glasson, *op. cit.*, tome I, page 127.

(2) Glasson, tome II, page 261.

(3) Glasson, tome IV, page 301.

(4) De Laveleye, *op. cit.*, page 124. — Boissonnade, *op. cit.*, p. 604.

(5) César, *de Bell. gallico. Comm.* VI, § 13.

(6) Glasson, *Histoire de l'Angl.*, III, p. 643.

le consentement de ses enfants, mais ce droit était refusé aux roturiers (1).

— Nous avons reconnu aux familles hindoues et grecques le droit de contrôler la gestion du père, et même, de lui retirer ses fonctions d'administrateur. Devons-nous reconnaître les mêmes droits aux familles allemandes et anglaises ? La loi des Bava-rois (2) fait allusion à un partage de biens de famille accompli entre le père et ses enfants, elle nous montre un père abandonnant à ses fils, sinon la totalité, du moins une grande partie des biens de famille, mais elle ne nous dit pas si cet abandon est une concession volontaire ou l'accomplissement d'un devoir obligatoire. Lehuërou admet que le partage des biens de famille pouvait être exigé par les enfants du vivant même du père. Dagobert exige que son père lui donne une partie de son royaume. Teuton de Bavière partage, de son vivant, son royaume entre ses trois fils. Si les fils du roi pouvaient exiger le partage des biens de leur père, les fils d'un simple citoyen pouvaient également exiger le partage des biens de famille possédés par leur père (3).

Au moyen âge, aucun texte ne parle du partage des biens de famille, il est à croire que ce partage a complètement disparu.

En Islande, on peut enlever à l'individu prodigue, malade ou trop âgé, l'administration de ses biens. Dans l'île de Gothland, le droit de demander le partage entre vifs des biens de famille a été interdit : preuve évidente que ce droit existait autrefois (4).

---

(1) Dareste, *op. cit.* Code russe, art. 649.

(2) *Lex Baiuw.*, I. Walter, tome I, page 243.

(3) Lehuërou, *op. cit.*, pages 54 à 61.

(4) Violet, *Précis*, page 703, et *Guta Lagh*, ch. 38.

En Hongrie, les membres de la famille peuvent, du vivant même du père, demander le partage quand celui-ci abuse des biens patrimoniaux. Ce droit existe encore dans le Monténégro (1).

§ 4. — De la copropriété de famille lors du décès du père.

Le décès du père de famille produit deux effets : il rend les enfants héritiers nécessaires et il leur permet de partager ses biens.

1° Les enfants sont héritiers nécessaires. Relativement aux biens de famille, il n'y a pas de succession dans le sens actuel du mot, les enfants étaient propriétaires avant la mort de leur père, ils continuent à être propriétaires après son décès. Cette continuation s'opère même à leur insu et malgré eux, en vertu de ce principe qu'un homme ne peut pas perdre son droit de propriété par le seul effet de l'inaction (2).

Les conséquences de ce principe sont nombreuses. Les Allemands ignoraient la jacence d'hérédité ; les héritiers n'avaient pas besoin de faire adition : j'ai déjà développé ces deux idées (3). Des auteurs prétendent que les héritiers siens acquéraient de plein droit la possession des biens de leur auteur. Nous retrouverons cette opinion dans notre chapitre 4, où nous l'exposerons avec plus de détails. Ajoutons enfin que la renonciation à une succession déférée à un héritier sien ne se concevait pas.

Ces différentes règles n'ont pas eu la même durée. La

---

(1) Violet, *Précis*, page 703.

(2) Lehr, *op. cit.*, pages 416 et 417, 444. — *Miroir de Saxe*, I, 22, § 1.

(3) Chapitre 2, section II, § 3.

faculté de répudier une succession s'est introduite en Allemagne dès le <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle. Quant aux deux autres règles, elles se sont maintenues jusqu'à nos jours. D'après le *Miroir de Saxe*, les enfants acquéraient l'hérédité de leurs parents de plein droit, sans avoir besoin d'acceptation, ils étaient héritiers sous condition résolutoire de leur renonciation (1). Les Codes actuels admettent les mêmes principes. On n'exige d'*adition* qu'au cas où l'héritier se présente comme institué par testament. Pour les héritiers légitimes, on se contente d'une *acceptation*, qui ne fait que confirmer les effets de l'acquisition ou de la saisine (2). Le Code russe suit les mêmes principes (3).

Nous venons de montrer comment les biens du père se transmettaient à ses enfants : il serait très intéressant de rechercher ce que deviendront les dettes qu'il a contractées. Trois opinions ont été émises sur ce sujet : 1<sup>o</sup> Le père de famille possède deux sortes de biens, les biens de la famille et ses biens personnels. Il est administrateur des biens de la famille et propriétaire de ses biens personnels. Quand il contracte une dette, il est évident qu'il ne peut pas affecter les biens de famille au paiement de sa dette. Il s'oblige lui-même et il oblige ses biens personnels, mais il n'oblige pas les biens de famille. Les biens de famille passeront donc aux enfants, francs et quittes de toute dette. Cette théorie nous explique pourquoi la saisie immobilière a été longtemps inconnue chez les Germains et les Allemands. Si les créanciers ne pouvaient saisir les immeubles de leurs débiteurs, c'est que ces immeubles n'apparte-

---

(1) Lehr, *op. cit.*, pages 449 et suiv. — *Miroir de Saxe*, I, 22.

(2) Code prussien, I, 9, 367. — Autrichien, articles 537 et 809. — Code de Saxe, articles 2009 et 2250.

(3) Code russe, articles 772 et 776.

naient pas aux débiteurs, ils appartenait à leurs familles. Le *Miroir de Saxe* a admis la théorie que nous avons exposée (1). Pendant longtemps les possesseurs de fiefs et de majorats transmettaient ces immeubles à leurs héritiers sans leur transmettre leurs dettes.

Un auteur a soutenu avec beaucoup de talent une seconde opinion. Je résume ses arguments (2) : Etant donné que la famille est une personne morale, qu'elle est propriétaire des biens dont le père est administrateur, c'est elle qui devient créancière ou débitrice quand le père devient créancier ou débiteur. La mort du père n'amène aucun changement dans la situation juridique de la famille. La personne morale existe toujours, il n'y a aucune raison pour que ses droits ou ses obligations s'éteignent. La personne continue sous une nouvelle gérance. Les membres actuels de la famille seront obligés de la même manière que le père défunt. Administrateurs actuels, ils continuent la personne de l'administrateur défunt, ils sont tenus *in infinitum*. —

Je reconnais que la théorie de la continuation de la personne juridique d'un individu a pour effet d'obliger les continuateurs à payer, même *ultra vires*, les dettes du défunt, mais je nie que cette théorie soit une conséquence de la copropriété de famille. Il est faux de dire que la famille devienne créancière ou débitrice toutes les fois que le père devient créancier ou débiteur. La personne du père est bien distincte de celle de la famille. Quand le père s'oblige, il n'oblige pas sa famille : étant donné un objet appartenant

---

(1) Lehr, *op. cit.*, pages 410 et suiv. — *Miroir de Saxe*, I, 6 ; l'héritier n'était tenu d'abandonner aux créanciers que les meubles du défunt.

(2) Marseille, thèse de doctorat.

à plusieurs copropriétaires, on n'a jamais soutenu que l'un d'eux était tenu des dettes contractées par les autres, et surtout, qu'il était tenu *in infinitum*; de même, il est impossible de dire que les enfants copropriétaires soient tenus *in infinitum* des dettes contractées par le père, leur copropriétaire.

La théorie de la continuation de la personne juridique du défunt a été inventée par l'esprit religieux des Romains, elle servait à empêcher toute interruption dans les *sacra privata*. On oublia bientôt l'origine de cette théorie pour ne plus retenir qu'une de ses conséquences, à savoir l'obligation aux dettes *in infinitum*.

La théorie de la continuation de la personne juridique était étrangère au droit germanique; elle fit son apparition en Allemagne au moyen âge, au moment où le droit romain commença à être étudié de l'autre côté du Rhin. Comme cette théorie favorise le crédit, en donnant au créancier l'assurance que les deniers prêtés seront remboursés intégralement, elle fut adoptée par les villes commerçantes de Lubeck, de Hambourg, etc. Depuis cette époque, elle tend à gagner du terrain (1).

D'après une troisième opinion, les enfants seraient tenus des dettes contractées par leur père, dans la limite des biens laissés par le père, car la succession est un tout indivisible, composé d'actif et de passif, ceux qui recueillent l'actif sont tenus de payer les dettes correspondantes. Comme les enfants recueillent tous les biens possédés par leur père, ils seront tenus de toutes les dettes contractées par lui, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens transmis. Dans cette théorie, on ne dis-

---

(1) Lehr, *op cit.*, page 415.

tingue pas les biens personnels du père, des biens de la famille ; tous ces biens forment une masse unique qui est le gage des créanciers. Cette théorie a été admise par plusieurs législations (1). Aujourd'hui les docteurs discutent encore cette grave question que les codes n'ont pas résolue, les héritiers seront-ils tenus *intra vires* ou *extra vires* (2) ?

Aucune de ces solutions ne nous satisfait complètement. De même que l'on divisait les biens possédés par le père de famille en deux classes, de même on aurait dû diviser ses dettes en deux classes. On aurait distingué les dettes relatives aux biens de famille des autres dettes contractées par le père : les biens de la famille auraient été spécialement affectés au paiement des premières ; quant aux secondes, les créanciers n'auraient pu en poursuivre le paiement que sur les biens personnels du père (meubles et acquêts).

La mort du père de famille produit un second effet : elle permet aux parents copropriétaires de demander le partage des biens de la famille. Comment le partage est-il réalisé ? Quelles sont les conséquences du partage ?

En principe, tous les parents copropriétaires ont droit à une part des biens de la famille ; les parts doivent être égales, car le droit d'ainesse n'existe pas. Ces deux règles souffrent plusieurs exceptions. Les mâles écartaient souvent les femmes. En Thuringe, les fils succédaient aux immeubles, à défaut de fils, c'étaient les parents mâles collatéraux (3). En Saxe, chez les Lom-

---

(1) Luitprand, VI, 4. Canciani, t. I, p. 114. — Lois des Ripuaires, 67, 4. Walter, t. I, p. 186.

(2) Lehr, page 444.

(3) *Lex Angl. et Werin*, tit. 6, de Alodis, § 1. Walter, tome I, page 378.

bards, les fils passaient avant les filles, mais les filles primaient les collatéraux (1). En Angleterre, la question est douteuse (2). Au moyen âge, les filles concouraient avec les fils, mais les fils prenaient une part double de celle des filles ; dans les villes on arriva bientôt à faire régner l'égalité.

En Hongrie, la Bulle d'Or, promulguée sous André II, appelle les filles à la succession de leur père, à défaut de fils. En 1514, Etienne Werboczi écrit dans son *Opus tripartitum* que les filles concourent avec les fils, mais que pourtant elles ne peuvent prétendre à aucun droit sur les fiefs de leur père (3).

Chez les Slaves du Sud, les filles ne viennent qu'à défaut de fils (4). En Russie, on lit dans le code de Yaroslaf, promulgué au XI<sup>e</sup> siècle, que les fils prennent la succession, à leur défaut les filles. D'après le code actuel, les filles ont droit à la quatorzième partie des immeubles, elles ne prennent la totalité des immeubles qu'à défaut de fils (5).

En Hongrie, la mère survivante partage les biens du père avec ses enfants. Chez les Celtes, qui habitaient le pays de Galles, les filles étaient primitivement exclues des successions immobilières ; plus tard cette exclusion dégénéra en un simple droit de préférence attribué aux mâles sur les femmes à égalité de degré (6).

---

(1) *Lex Sax.*, tit. 7, §§ 1 et 5, Walter, t. I, page 387. — *Long. Roth.*, 154, 167, 171. Walter, I, pages 705, 708.

(2) Glasson, t. I, page 124.

(3) Dareste, *op. cit.*

(4) Turner, *op. cit.*, page 48.

(5) Spyridion Zézas, *op. cit.*, page 57, et Code russe, art. 503 à 507.

(6) Glasson, *Hist. de l'Anglet.*, tome III, page 642.

Il est probable qu'autrefois le partage mettait fin dans une certaine mesure à la copropriété de famille ; les parts attribuées aux fils célibataires étaient plus facilement aliénables que celles attribuées aux fils mariés et pères de famille.

---

## CHAPITRE IV

---

### De la copropriété de famille en France depuis les invasions.

---

Nous diviserons ce chapitre en deux sections : 1<sup>o</sup> Origine de la copropriété de famille ; 2<sup>o</sup> Etude et destinée de cette institution.

#### SECTION I<sup>re</sup>

##### ORIGINE DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE.

Les Germains qui ont envahi la Gaule au <sup>ve</sup> siècle, sont les Francs, les Burgondes et les Wisigoths. Le mot *Franc* était inconnu au temps de Tacite : on suppose que l'on a appelé de ce nom les Chauques, les Cattes, les Chérusques, les Sicambres et les Chamaves (1). Les Francs occupèrent

---

(1) Gautier, *op. cit.*, page 84 — Ginoulhiac, *op. cit.*, page 105.

le nord et l'est de la Gaule ; les Burgondes s'établirent dans les vallées de la Saône et du Rhône, quant aux Wisigoths, chassés par les Huns, ils quittèrent le sud de la Russie, traversèrent le nord de l'Italie, et vinrent se fixer sur les bords de la Garonne, et au nord de l'Espagne (1).

Il est aujourd'hui démontré que les Barbares ne s'emparèrent pas violemment des propriétés particulières des Gallo-Romains. Quelques-uns vinrent, sous le règne de Néron, offrir leurs bras aux propriétaires et travailler la terre en qualité de fermiers ou manœuvres. D'autres servaient en qualité de soldats dans l'armée romaine. Ces derniers se divisaient en deux classes : les *fœderati* et les *lètes*. Les *fœderati* conservaient leurs chefs, leur organisation, ils devaient protéger une province et étaient entretenus au moyen d'impôts levés dans cette province. Les *lètes* recevaient un territoire qu'ils étaient chargés de cultiver et de défendre, ils se nourrissaient avec les produits de leur travail (2). Ces Barbares, une fois implantés en Gaule, appelèrent leurs anciens compagnons qui arrivèrent en foule vers le <sup>vi</sup>e siècle.

Chaque soldat burgonde, en qualité d'allié des Romains, devait être logé et nourri par un Gallo-Romain. Plus tard, on convint que chaque Romain abandonnerait au soldat burgonde, au lieu du logement et de la nourriture, le tiers de ses terres : cette part fut ensuite portée à la moitié (3).

Les Francs s'emparèrent des terres du fisc qui étaient

---

(1) Klimrath, *op. cit.*, page 293.

(2) Gautier, page 78.

(3) Ginoulhiac, page 112.

considérables. Il est probable que les Wisigoths procédèrent de la même manière.

Il est certain qu'au <sup>vi</sup>e siècle de notre ère, les Barbares connaissaient la propriété privée des immeubles : de nombreux textes font mention en effet de la maison, du champ, de la forêt appartenant à un individu ; d'autres contiennent des peines sévères contre ceux qui empiètent sur le champ du voisin (1). D'un autre côté, il me semble également certain que les Barbares possédaient de vastes territoires qui étaient la propriété commune de tout un groupe d'individus : venus d'un pays où le régime de la propriété collective du village était l'état normal de la propriété, ils ont dû importer en Gaule les usages qu'il avaient pratiqués en Germanie pendant plusieurs siècles. Les faits confirment cette induction. — Bon nombre de Francs habitaient par petits groupes appelés *villæ* (2). Il était défendu à un étranger de s'établir dans une de ces *villæ* sans le consentement de tous les habitants, qui s'appelaient *vicini*. Pourtant, s'il s'était introduit sans permission dans la *villa* et y avait séjourné un an sans contestation, il ne pouvait plus en être chassé (3).

Quand un *vicinus* mourait sans laisser de descendants, tous les autres *vicini* devenaient ses héritiers (4). — Ces différentes règles ne peuvent s'expliquer qu'autant qu'on

---

(1) Notamment les tit. 8 et 29 de la loi salique, 27 loi des Burgondes.

(2) Viollet, *du Caract. collect.*, page 492.

(3) *Loi sal. emend.*, tit. 47, 4. — Hessels, colonne 296. — *Si autem quis migraverit in villam alienam et ei aliquid infra duodecim menses, secundum legem, contestatum non fuit securus ibidem consistat sicut et alii vicini.*

La fin du texte *sicut et alii vicini* prouve clairement que les *vicini* étaient les habitants de la *villa*.

(4) Cette proposition résulte de l'Edit de Chilpéric, dans les *Diplomata*, t. I, page 143.

les considère comme des conséquences de la propriété collective de la *villu*. Etant donné que tout *vicinus* a droit de jouir des terres communes, l'introduction d'un étranger dans la *villa*, en permettant à celui-ci de jouir des terres communes, viendrait restreindre la jouissance des autres ayants droit : on comprend donc parfaitement que les *vicini* refusent à l'étranger le droit de s'établir dans la *villa*. Nous avons vu que la prescription d'un an confère à l'étranger le droit d'habiter la *villa* : cette identité entre le délai requis pour prescrire le droit d'habiter une *villa*, et le délai de toute prescription acquisitive des immeubles, n'est-ce pas pour nous un trait de lumière ? N'est-ce point la preuve que le nouveau venu prescrit le droit de jouir des immeubles communs ? Enfin la succession des *vicini* ne peut rationnellement s'expliquer que par l'idée d'une concession temporaire faite aux *vicini* : les terres qu'il détenait à titre de concession, font retour à la masse commune.

Certains textes font mention de ce territoire commun (1).

Citons encore deux autres usages que M. Viollet considère comme des conséquences nécessaires de la propriété collective du *village*. 1° Il était défendu de vendre une propriété privée sans le consentement des *vicini*, ou du roi ou seigneur ; 2° la saisine légale ne résultait que de l'ensaisinement donné par les *vicini* ou par le seigneur (2).

---

(1) Loi des Burg., tit. 89, add. 6 ; dans Walter, tome I, p. 344. *Sylvarum, montium ac pascuorum unicuique pro rata suppetit esse communionem* — Même loi, titre 47 ; dans Walter, tome I, p. 335. — Loi des Wisigoths, tit. 5, § 2 ; dans Walter, tome I, p. 595. — Ces dernières lois parlent de forêts appartenant à des *consortes*, mais il est difficile de savoir si ce mot désigne des copropriétaires par indivis, ou bien des communistes. — Loi ripuaire, tit. 76, dans Walter, tome I, page 190.

(2) Viollet, *du Caract. coll.*, etc., pages 495 et suiv.

En effet, à cette époque, les biens qui constituaient la propriété privée étaient encore, à certains points de vue, regardés comme des concessions précaires. L'aliénation de ces biens, d'abord prohibée (1), fut ensuite permise, mais avec certaines restrictions : tantôt on exigeait que l'acheteur fût un habitant du village (2), tantôt on permettait que l'acheteur fût un étranger, mais alors il devait être agréé par tous les habitants du village ou par le seigneur (3). La vente devait se faire publiquement, et l'acheteur devait être mis en possession de la chose vendue par les habitants du village ou par le seigneur : à cette condition seulement, il obtenait la saisine de droit, c'est-à-dire une possession complète que nul ne pourrait contester (4).

Sans entrer dans de plus longs détails relativement au fonctionnement de la propriété collective de la *villa*, nous allons indiquer les principaux vestiges de cette propriété que nous avons rencontrés dans l'ancien droit et que nous trouvons encore aujourd'hui ; je veux parler des retraits de convenance et féodal, des biens communaux et de certains usages ruraux.

Le retrait de convenance ou de bourgeoisie, appliqué aux immeubles, désigne le droit accordé aux bourgeois de certaines villes de se faire subroger dans l'achat qu'un

---

(1) La plus vieille loi des Wisigoths, publiée par Blume, énumérant les choses qui peuvent être vendues, ne parle pas des terres. La nouvelle loi ajoute aux choses citées ces mots : *sive terræ*. Les anciens contrats de vente d'immeubles sont tous rédigés en latin et accomplis suivant les lois romaines, d'où l'on conclut que les ventes n'étaient permises qu'aux Romains.

(2) Burgondes, tit. 84, de *Vendit. terrarum*. Walter, tome I, p. 342. *Hoc præsentis lege statuendum ut nulli vendere suam terram liceat, nisi illi qui alio loco sortem aut possessiones habet.*

(3) Loi ripuaire, 62, et trois diplômes cités par Viollet, page 497.

(4) Anc. Cout. d'Amiens, art. 6, et Viollet, p. 500.

étranger fait d'un fonds placé dans l'étendue de ces villes (1). La vente primitive reste maintenue; seule, la personne de l'acheteur est changée. Le retrayant, qui prend la place de l'acheteur primitif, doit rembourser à celui-ci les frais et le prix de vente. Ainsi défini, le retrait de convenance nous apparaît comme un souvenir frappant de la propriété collective du village, comme un vestige du droit qu'avaient les *vicini* de s'opposer aux ventes faites à des étrangers. « Dans les pays où l'influence de la communauté n'a pas été absorbée par un pouvoir unique, elle a donné naissance à un droit de préférence ou de retrait au profit des voisins : l'un des voisins s'avisera de mettre une condition à son consentement, il n'autorisera la vente que si lui-même prend la place de l'acheteur (2). »

Le retrait féodal est la faculté accordée aux seigneurs de retirer les fiefs de leur mouvance vendus ou aliénés par acte équipollent à vente (3). Dans le retrait féodal, de même que dans le retrait de bourgeoisie, le contrat de vente primitif reste maintenu, le seigneur se substitue à l'acheteur du fief, de même que le bourgeois se substitue à l'acheteur étranger, à condition d'indemniser celui-ci et d'accomplir toutes les conditions portées au contrat. Ajoutons que le retrait féodal était primé par le retrait lignager; en d'autres termes, quand le plus proche parent du vendeur voulait se substituer à l'acheteur du fief, le seigneur ne pouvait s'opposer à cette substitution. Nous ne reproduirons pas les discussions qui se sont élevées autrefois sur la question de savoir quelle a été l'origine du retrait :

---

(1) Répertoire de Guyot, v<sup>o</sup> *Retrait de bourgeoisie*.

(2) Viollet, *op. cit.*, page 511.

(3) Répertoire de Guyot, v<sup>o</sup> *Retrait féodal*. — Pothier, tome I, pages 105 à 115.

qu'il nous suffise de savoir que l'intérêt du seigneur était ordinairement regardé comme le principal motif du retrait féodal. « La nécessité du service militaire (imposée au possesseur du fief) faisait d'ailleurs que la constitution personnelle du nouveau vassal n'était pas un objet indifférent pour le seigneur, servi plus utilement par un soldat vigoureux que par un enfant sans expérience et sans force (1). Mais si le seigneur avait intérêt à être servi par un homme vigoureux, pourquoi n'exerçait-il pas le retrait toutes les fois que le fief tombait en des mains débiles ? Que lui importait que le titre d'acquisition fût une vente, ou une donation ou une succession ? Son intérêt ne restait-il pas le même dans tous les cas ? Pourquoi le seigneur devait-il céder le pas au plus proche héritier du vendeur qui exerçait le retrait lignager ? Ces objections ont parfaitement touché Merlin, qui s'empresse d'attribuer au retrait féodal un autre motif. « Ce retrait, dit-il (2), remplace le droit de retour à la mort du vassal, c'est une espèce de dédommagement accordé aux seigneurs, lesquels ont accordé à leurs vassaux le droit de disposer de leurs fiefs sans leur consentement. » M. Viollot a parfaitement mis en lumière cette idée, fort juste à mon avis, à savoir que le retrait féodal est la conséquence du droit de consentir à la vente d'un immeuble : le seigneur autorise la vente, mais à condition qu'elle soit faite à son profit. — Il est même très probable que le retrait féodal n'est pas autre chose que le retrait de convenance que le seigneur exerce à son profit (3).

---

(1) Rép. de Guyot, v<sup>o</sup> *Retrait féodal*.

(2) Même ouvrage.

(3) Dès le vi<sup>e</sup> siècle, on voit le roi et les chefs francs s'efforcer de se substituer aux communautés. Dans la loi salique, tit. 43, le consentement du roi donné à un

Le retrait de convenance tomba rapidement en désuétude ; au XVIII<sup>e</sup> siècle, il n'était guère pratiqué que dans le Pas-de-Calais (1). Le retrait féodal, au contraire, avait pris une extension considérable et était exercé dans toute la France. Ces divers retraits ont été abolis par la loi du 17 juillet 1790.

*Biens communaux.* — Je ne prétends pas affirmer que tous les biens qui aujourd'hui encore appartiennent aux communes, soient les débris de ces vastes territoires qui autrefois appartenaient collectivement aux habitants des *villæ* ; il est parfaitement établi que certains biens communaux existaient avant l'invasion germanique, que d'autres biens ont été donnés par les seigneurs aux communes nouvellement créées au moyen âge ; mais je crois que les Barbares, lors de leur arrivée en France, ont favorisé la conservation et l'extension des terres communes. « Dans un pays si vaste, dit Pardessus (2), et dans lequel il s'en fallait de beaucoup que le nombre des habitants fût assez considérable pour que rien ne restât inculte, il subsista une grande quantité de bois et de pâturages communaux... Ce n'est donc pas avec fondement que des jurisconsultes, estimables d'ailleurs, tels que Loiseau, et de nos jours Henrion de Pansey et Merlin, ont prétendu que les biens communaux étaient une concession faite par les seigneurs aux habitants des fiefs. » Je ne parlerai pas des attaques

---

étranger qui veut entrer dans une ville équivaut au consentement des *vicini*. Le roi a cédé ses droits à une foule de petits seigneurs. Voir Viollet, *op. cit.*, page 500.

(1) Coutumes de l'Anglé, de Fillières. Bourdot de Richebourg, t. I, 306-347, cité par Viollet, p. 491.

(2) Loi salique, p. 545

dirigées contre les biens communaux pendant le XVIII<sup>e</sup> siècle, des tentatives faites pendant la Révolution dans le but de les supprimer, je n'exposerai pas les règles qui régissent aujourd'hui l'administration et la jouissance des biens communaux. Je dirai seulement que les biens communaux comprennent principalement des pâturages et des forêts; le droit de chaque individu sur les pâturages communs est réglé par la loi du 21 septembre-6 octobre 1791; le droit inhérent à chaque habitant de recevoir du bois de chauffage et de construction se nomme affouage et est réglé par les articles 90 à 112 du Code forestier.

*Usages ruraux.* — Sous le terme d'usages ruraux, je fais rentrer les droits de vaine pâture, de parcours, de glanage, grappillage, droit de ramasser du bois mort. On appelle vaine pâture le pâturage commun aux bestiaux des habitants d'une commune... exercé sur les terres appartenant aux habitants de cette commune. Le parcours est une servitude de vaine pâture accordée à plusieurs villages sur les terres des uns et des autres. Proudhon (1) soutient que le droit de vaine pâture tire son origine d'une association de cultivateurs. « Comme il était impossible à chacun de garder son propre troupeau sur son propre fonds, on les réunit sous la garde d'un seul et on convint que toutes les propriétés des associés seraient soumises à la pâture. La loi a généralisé cet usage et en a fait un droit. » N'est-il pas plus raisonnable de dire que la vaine pâture et le parcours sont des vestiges de l'ancienne communauté

---

(1) *Traité des droits d'usage*, tome VI, p. 510.

dès terres (1)? Dunod les appelait « un reste des communautés primitives (2). »

Dans l'ancien droit, les particuliers ne pouvaient se soustraire à la vaine pâture, qu'en mettant leurs terres en défense, et encore, ils ne pouvaient le faire qu'à certaines époques de l'année. Aujourd'hui chaque propriétaire peut se soustraire aux droits de vaine pâture et de parcours en faisant clore sa propriété (3).

On appelle glanage ou grappillage le droit accordé aux habitants d'une commune, de ramasser les épis de blé ou les raisins oubliés par les ouvriers qui ont moissonné un champ ou vendangé une vigne. Les particuliers ne pouvaient autrefois empêcher les glaneurs de pénétrer dans leurs propriétés (4). Ce droit (5), ainsi que le droit de recueillir le bois mort dans les forêts communales ou privées (6), me semblent venir de la propriété collective du village.

---

(1) Loi des Lombards, liv. I, tit. 23, § 7, citée par Dalloz, v° *Forêt*, n° 29. *Nulli licentia iterantibus herbam negare, excepto prato intacto... post fenum autem aut fruges collectas, tantum fruges vindicet is cujus est terræ quantum cum clausura sua potest defendere.* Loi des Wisigoths, liv. VIII, t. 3, § 13; tit. 4, § 27. Walter, tome I, pages 584-593.

(2) *Trait. de prescript.*, 1<sup>re</sup> part., ch. 12.

(3) Lois du 28 septembre-6 octobre 1791, tit. 1, sect. 1, art. 4, et art. 648 Code civil.

(4) Dalloz, v° *Droits ruraux*.

(5) Viollet, *Précis d'histoire du droit*, p. 472.

(6) Le droit de prendre du bois dans la forêt d'autrui était autrefois exercé sur une vaste échelle; au moyen âge, on se borna à permettre de recueillir le bois mort et le mort bois. Aujourd'hui ce droit ne s'exerce guère que dans les forêts communales. Dalloz, *Répert.*, v° *Forêt*, n°s 18 et 1768. — *Loi salique emend.*, tit. 29, §§ 29 et 30. Pardessus, page 295. — *Lex Burg.*, tit. 28. Walter, I, page 319.

## SECTION II

### ÉTUDE DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE.

Nous avons réparti les terres possédées par les Barbares en deux catégories : la première comprend les terres communes ; la seconde, les propriétés privées. Je vais essayer de démontrer que la plus grande partie des terres comprises dans cette seconde catégorie était soumise au régime de la copropriété de famille. Je diviserai cette section en trois paragraphes : 1<sup>o</sup> Organisation de la famille copropriétaire et composition du patrimoine de la famille ; 2<sup>o</sup> de la copropriété de famille pendant la vie du père ; 3<sup>o</sup> de la copropriété de famille après la mort du père.

#### § 1<sup>er</sup>. — Quels sont les parents copropriétaires et quels sont les biens de la famille ?

La loi salique ne nous fournit sur l'organisation de la famille franque, que des détails insuffisants. J'ai de fortes raisons de croire que cette famille se composait d'un grand nombre d'individus copropriétaires des biens possédés par l'un d'eux. Si un père de famille, dit la loi salique (1), a été tué, ses fils reçoivent la moitié de la composition payée par le meurtrier, l'autre moitié est partagée entre les parents les plus proches, tant du côté

---

(1) *Lex Salica*, tit. 62, de *Compositione homicidii*. Pardessus, page 34.

paternel que du côté maternel. Réciproquement, quand un membre de la famille a commis un meurtre, tous les autres membres doivent se cotiser pour payer la compensation.

Nous lisons dans le titre de *Chrenecruda* (1) qu'un homme insolvable peut contraindre ses parents à payer ses dettes, dans ce but il prend un peu de terre dans sa main et jette cette poussière sur ses parents, puis il franchit la haie qui entoure son héritage. Les parents deviennent ainsi propriétaires de l'héritage et ils sont tenus des dettes.

Quand un membre de la famille est accusé, il peut appeler en témoignage tous ses parents, qui l'assisteront, le défendront et au besoin, jureront qu'il n'est pas coupable (2).

Quand une veuve se marie, le *reipus* ou prix d'achat qui est payé par le mari appartient aux plus proches parents de la femme (3). Enfin tous les membres de la famille ont des droits réciproques de succession. Le lien de famille peut être brisé. Celui qui veut sortir de sa famille se rend au *mallum* devant le *Thunginus*, et là il brise sur sa tête trois bâtons d'aulne, qu'il jette des quatre côtés du *mallum*, en disant qu'il renonce à l'hérédité, au *juramentum*, et à tout ce qui regarde les parents (4).

La loi salique ne limite pas le degré des successibles ; chez les Ripuaires la parenté s'arrêtait au cinquième degré (5).

---

(1) Loi salique, tit. 58. Pardessus, page 32.

(2) *Cap. extrar*, tit. 18. Pardessus, p. 337.

(3) Loi salique, tit. 44. Pardessus, page 24.

(4) Loi salique, tit. 60, *de eo qui se de parentilla tollere vult*. Pardessus, page 33.

(5) *Lex Rip.*, tit. 56, § 4. Walter, I, page 179.

Les Francs connaissaient plusieurs modes d'adoption, le principal était l'adoption par les armes (1). Quant aux cérémonies que l'on appelait *affatomia*, ou *adoptio in hereditatem*, je ne crois pas qu'elles constituaient une véritable adoption. Dans le titre *de hac famirem* (2), on voit le disposant et le futur héritier comparaître devant le magistrat ; le disposant jette une baguette à l'héritier, et indique quelle portion de biens il lui laisse. L'héritier va ensuite loger dans la maison du disposant, et y reçoit trois hôtes. On revient encore devant le magistrat, et le disposant renouvelle la première cérémonie. Cet acte n'est pas une adoption, c'est une institution contractuelle, car toutes ces formalités ont trait aux biens, aucune ne marque le changement de famille. La loi des Ripuaires (3) permet au disposant d'instituer sa femme ; un mari pourrait-il adopter sa femme ! *L'affatomia* n'est donc pas une adoption (4).

La famille n'a pas conservé longtemps l'organisation que nous venons de décrire : le droit des enfants n'a pas tardé à prévaloir, les filles n'ont pas tardé à exclure complètement les collatéraux de la succession de leur père. Chez les Bourguignons et les Wisigoths, qui ont subi l'influence des idées romaines, le *mundium* s'est transformé en une véritable puissance constituée dans l'intérêt du père, et durant aussi longtemps que le père. Dans les provinces du Nord où régnait la maxime « *puissance paternelle n'a lieu* », les droits du père sur la personne de l'enfant sont très peu étendus, ils sont constitués plutôt dans l'intérêt de l'enfant que dans l'intérêt du père, ils durent jusqu'à la

---

(1) Guyot, *Rép.*, v° *Adoption*. Viollet, *Précis*, 402.

(2) Loi salique, tit. 46. Pardessus, page 26.

(3) Loi ripuaire, tit. 48. Walter, I, page 178.

(4) Viollet, *Précis*, page 742.

majorité de l'enfant. Quant aux droits du père sur les biens, ils sont souvent considérables (1).

*Biens de la famille.* — Il est certain que les meubles sont soumis au régime de la propriété individuelle et exclusive. Les biens de famille ne peuvent donc comprendre que des immeubles : sont-ce tous les immeubles possédés par un individu?

Lors de la deuxième rédaction de la loi salique, on distinguait deux catégories d'immeubles : la terre salique et les autres biens (2). La terre salique était réservée aux seuls héritiers males, les femmes pouvaient acquérir par succession les autres biens. Il est difficile de définir la terre salique. D'après Montesquieu, ce mot désignerait la maison de la famille et le jardin environnant que l'on appelait autrefois *sala*. D'après Lafferrière, la terre salique serait la terre conquise et assignée à chaque guerrier par la voie du sort. Si cette terre ne peut appartenir qu'à des hommes, c'est que seuls les hommes sont capables de la défendre. Reste une troisième opinion plus vraisemblable que les précédentes. On appelle terre salique, toute terre acquise par voie de succession. La loi des Ripuaires, dans le titre *de Alodis*, emploie l'expression *terra aviatica*. Il est très probable que la terre salique était la *terra aviatica*, c'est-à-dire la terre possédée par les ancêtres. Le *liber possessionum* de 1280 parle de terres saliques de 230 hectares : il y a loin de ces

---

(1) Pothier, tome I, pages 126 à 135.

(2) Loi salique, titre *de Alodis*, § 5, 1<sup>re</sup> rédaction : *de terra vero nulla in muliere hereditas non pertinebit, sed ad virilem sexum qui fratres fuerint, tota terra perteneat*. (Hessels et Kern, col 379.) — 2<sup>e</sup> rédaction : *de terra vero salica nulla portis hereditatis mulieri veniat, sed ad virilem sexum tota terræ hereditas perveniat*. (Mêmes auteurs, col. 386.)

terres au jardin de Montesquieu. La terre salique, qu'on appelle aussi alleux, constitue le patrimoine de la famille : les autres terres, les terres acquises n'appartiennent pas à la famille; leur propriétaire pourra bientôt les aliéner librement. Dans le langage pratique, on a recours à des périphrases pour désigner ces deux espèces de biens (1). Dans le testament de saint Didier, évêque de Cahors, on lit : *Quod ex parentum successione habeo... quod aliunde comparavi* (2). Plus tard, on emploie des expressions caractéristiques : *Bona paterna et bona comparata, acquisita*. A l'avènement des Capétiens, l'antithèse est certaine, *propres, acquêts* (3).

La division des immeubles en *propres* et en *acquêts* a joué dans l'ancien droit un rôle très important. Cette distinction, dit Pothier (4), a lieu dans plusieurs matières de notre droit coutumier, savoir, celles des testaments, des successions et du retrait lignager. On entend par *propres*, les héritages de nos ancêtres, ou autres parents, qu'ils nous ont transmis par leur succession ou par quelque autre titre équipollent à succession. Les héritages qui ne sont pas propres sont appelés acquêts, de quelque manière que nous les ayons acquis.... On distingue les propres en *naissants* et *avitiens*. Les propres naissants, ce sont les acquêts de notre père, ils prennent la qualité de propres en entrant dans notre patrimoine. Les propres avitiens sont les biens qui avaient déjà la qualité de propre dans le patrimoine de celui auquel nous avons succédé.

---

(1) Cette controverse est longuement exposée par M. Beaune, *op. cit.*, pages 181 et suiv.

(2) De Laurière, *Cout. de Paris*, tome II, page 5.

(3) Jobbé-Duval, thèse, page 74.

(4) Pothier, tome I, page 19; tome VIII, pages 237 et suiv.

Les propres constituèrent le patrimoine de la famille. Ferrière appelle les propres *propres de famille*, et Pothier écrit que le droit coutumier a inventé la qualité de *propres* pour conserver les biens dans les familles.

Cette distinction des biens en propres et en acquêts a subsisté jusqu'à la Révolution. La loi du 17 nivôse an II, art. 62, puis l'art. 732 du Code civil, décident que l'on ne doit considérer ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la dévolution. D'un autre côté, le Code n'établissant, quant à la quotité disponible, aucune différence entre les donations entre vifs et les testaments, et n'autorisant point le retrait lignager, il en résulte que la division des immeubles en propres et acquêts ne présente plus d'utilité (1).

## § 2. — Droits de la famille pendant la vie du père.

Nous examinerons les restrictions apportées dans l'intérêt de la famille aux droits du père, en matière de ventes, de donations et de testaments, puis nous rechercherons si la famille avait le droit de contrôler la gestion du père.

I. VENTES. — La loi salique ne parle pas de la vente. La loi des Wisigoths et celle des Ripuaires traitent des formes de la vente, de la preuve, etc., mais laissent complètement dans l'ombre la question de savoir qui peut vendre, quels biens peuvent être vendus (2). La loi des Bourguignons permet au père de famille d'aliéner la part des

---

(1) Bugnet, sur Pothier, tome VIII, page 237, note.

(2) *Lex Wisig.*, liv. IV, tit. 4. Walter, tome I, pages 518 à 520.  
*Lex Rip.*, tit. 59. Walter, I, page 182.

biens qui lui revient après un partage fait avec ses enfants, mais elle lui défend, à peine de nullité, d'aliéner les autres parts (1). D'un autre côté, on trouve plusieurs contrats de vente dans lesquels on voit figurer, à côté du nom du père vendeur, les noms des enfants (2). N'est-ce point la preuve que les enfants ont le droit de consentir aux ventes faites par leur père? — On nous oppose un texte qui semble formel en sens contraire : *Leges et jura sinunt et conventio Francorum ut de facultatibus suis quisque quod facere voluerit liberam habeat potestatem* (3). Peut-être ce texte ne s'appliquait-il qu'aux acquêts?

Au moyen âge, le droit des parents est l'objet d'une réglementation très précise que nous allons exposer. Les acquêts peuvent être aliénés librement. Les propres sont en principe inaliénables, pourtant ils peuvent être aliénés dans l'un des cas suivants : « Le premier, dit Boutellier, si est par le gré et consentement de l'hoir ; le second, par pauvreté ; le troisième, si est pour employer en héritages suffisants (4). » Le deuxième cas ne tarda pas à se fondre avec le premier. Pour éviter les procès que la constatation de la pauvreté n'eût pas manqué de soulever, on prit l'habitude de faire intervenir les héritiers à la vente.

---

(1) *Lex Burg.*, tit. 24 et 51. Walter, I, pages 317 et 329. On admet généralement que Gondebaud restreignit l'inaliénabilité aux *sortes*, c'est-à-dire aux parts attribuées par le sort à un guerrier et transmises par celui-ci à sa famille. *Lex Burg.*, tit. 1. Walter, I, p. 305.

(2) Archives de Saint-Hilaire de Poitiers ; dans Aug. Thierry, *Mon. de l'Hist. du Tiers-Etat*, I, p. 95. Cartulaire de Saint-Sauveur de Redon, cité par Jobbé-Duval, p. 76.

(3) Ce texte, connu sous le nom de Charte du comte Angelbert, se trouve dans Pardess, *Diplomata*, t. II, p. 280.

(4) Boutellier, *Somme*, I, tit. 67. — Dela Thaumassière, *Nouv. Comm. sur la Cout. de Berri*. Bourges, 1750, page 459. — *Anciens usages d'Artois*, tit. 24 ; dans Maillart, *Coutumes générales d'Artois*. Paris, 1739, page 28.

Cette habitude devint ensuite une formalité nécessaire (1). On arrive donc à dire que les propres ne pouvaient être aliénés qu'avec le consentement de l'héritier. La vente faite en l'absence de cette condition était nulle (2), et les héritiers pouvaient reprendre le bien aliéné en exerçant une action analogue à la revendication et que des auteurs appellent *calumnia* ou chalonge (3).

La nécessité du consentement était encore exigée au xvi<sup>e</sup> siècle en Artois (4) et dans les Pyrénées (5). En Artois notamment, un propriétaire ne pouvait vendre un propre sans que la nécessité de vendre ait été jurée devant deux témoins dignes de foi, ou sans le consentement de ses héritiers présomptifs. Dans le Lavedan, l'adhésion des parents était encore requise en 1678. Dans le reste de la France, cette gêne apportée aux droits du propriétaire, disparut de bonne heure; pourtant, au xv<sup>e</sup> siècle, on admettait encore qu'une dame noble ne pouvait vendre un héritage sans que les enfants aient été appelés et consentants (6).

D'après Eusèbe de Laurière, la nécessité du consentement des héritiers est une création du droit féodal. « L'hérédité des fiefs ayant été concédée, les investitures qu'on en faisait comprenaient en faveur des enfants une espèce de substitution, l'usage s'établit qu'il ne fût point au

---

(1) De Laurière, *Glossaire*, édition Favre, Niort, 1882, v<sup>o</sup> *Pauvreté jurée*.

(2) De Laurière, *Cout. de Paris*, tome II, p. 5.

(3) De Laurière, *loc. cit.* et v<sup>o</sup> *Chalonge*. — *Liv. de justice et de pl.*, édition Rapetti, ch. 8 et 9, pages 128 et 129.

(4) Dumoulin, sur l'art. 50, anc. Cout. d'Artois; Brodeau, art. 120, *Nouv. Cout. de Boulenois*.

(5) Cordier, *du Droit de famille dans les Pyrénées*, *Rev. hist.*, tome V.

(6) *Grand Coutumier*, liv. II, ch. 27, cité par de Laurière.

pouvoir des pères et mères de disposer de leurs fiefs au préjudice de leurs enfants.... Ce droit s'étendit aussi aux alleux, les héritiers contestèrent les aliénations, de sorte que pour remédier à ce désordre, ceux qui disposaient de leurs biens entre vifs, furent obligés de faire signer leurs héritiers présomptifs au contrat (1). »

Cette explication ne me semble pas à l'abri de tout reproche. Et d'abord, elle ne nous rend pas compte de cette particularité que j'ai signalée plus haut, à savoir que le consentement des héritiers n'était pas requis en matière de vente d'acquêts. D'un autre côté, n'est-ce point une erreur que de prétendre que la nécessité du consentement a commencé à être exigée au moyen âge, alors que la loi des Burgondes, les chartes citées font allusion à ce consentement dès le VI<sup>e</sup> et le VIII<sup>e</sup> siècle. Ajoutons enfin que la nécessité du consentement était requisé chez les peuples qui n'ont jamais été soumis au régime féodal. Dans l'Inde, notamment, la nécessité du consentement des enfants aux aliénations des biens patrimoniaux a toujours été proclamée par les lois ; or, dans l'Inde, cette nécessité nous apparaît comme une conséquence nécessaire de la copropriété de famille ; en France, elle doit également procéder du même principe. Chez les Hindous, comme chez les Français, le consentement des parents n'était requis que pour les aliénations de biens patrimoniaux, car leur droit de copropriété portait seulement sur ces biens ; mais dans l'Inde, les enfants seuls avaient le droit de s'opposer aux ventes ; chez nous, tous les héritiers avaient ce droit, car en France, la famille copropriétaire était plus vaste que la famille restreinte dans l'Inde.

---

(1) Laurière, *Glossaire*, loc. cit.

Dans certaines provinces, lorsque l'aliénation était légale par suite de la pauvreté du vendeur, il était d'usage d'offrir à l'héritier présomptif d'acheter le propre, pour le prix fixé par l'étranger. Cet usage se généralisa et dans quelques coutumes supplanta définitivement la nécessité du consentement du plus proche héritier (1). Nous avons des traces certaines de l'offre aux parents dans plusieurs monuments du xii<sup>e</sup> siècle (2) : voici en quelques mots la manière dont procédait le vendeur. « Le vendeur devra proposer à son plus proche parent d'acheter le bien patrimonial aux conditions proposées par un étranger. Le plus proche parent, ou *proïsme*, a quinze jours pour réfléchir ; s'il ne paie pas au *quief de la quinzaine*, il perdra définitivement son droit. L'acheteur ne pourra plus être inquiété par aucun membre de la famille. Si, au contraire, l'offre n'a pas eu lieu, la vente n'est pas légale et les parents pourront réclamer le bien vendu tant que l'acquéreur n'aura pas prescrit, mais ils devront rembourser à ce dernier le prix d'acquisition. »

Cette institution se maintint en Alsace jusqu'au seizième siècle, elle disparut promptement des autres provinces de la France (3).

Le fondement de cette institution se trouve, à mon avis, dans la copropriété de famille. Sans doute, ce droit de copropriété dont l'héritier présomptif est investi, n'est plus que l'ombre de cette ancienne copropriété dont nous

---

(1) Jobbé-Duval, thèse citée, p. 113.

(2) *Charte communale d'Amiens*, art. 25, citée par Aug. Thierry, *Mon. de l'hist. du Tiers-Etat*, tome I, p. 112. — *Ancien Coutumier de Picardie*, édition Marmier, 1840, page 148.

(3) *Coutumier de Ferette*, rédigé de 1590 à 1598, édition Bonvalot. Colmar, 1870.

constations encore l'existence au siècle précédent, mais il est encore assez puissant pour nous permettre d'expliquer toutes les particularités de l'offre au proïsme. Et d'abord, si l'offre n'accompagnait que les ventes de biens patrimoniaux, c'est que le plus proche héritier n'était copropriétaire que des biens patrimoniaux, si les ventes de meubles et d'acquêts étaient libres et exemptes de restrictions, c'est que le vendeur était seul et unique propriétaire de ses meubles et de ses acquêts. — En second lieu, nous avons vu que l'offre devait être faite au plus proche héritier ; si celui-ci gardait le silence pendant quinze jours, la vente était valable et l'acheteur ne pouvait être inquiété par aucun membre de la famille du vendeur ; si le plus proche héritier payait le prix fixé par l'acheteur, il se substituait à ce dernier. Ces effets se comprennent merveilleusement, si l'on a soin de les rattacher à la tradition historique. L'offre n'est pas autre chose qu'une demande adressée au plus proche parent copropriétaire de vouloir bien consentir à l'aliénation d'un bien de famille. Si le plus proche parent garde le silence, il est censé autoriser la vente purement et simplement ; s'il verse le prix, il est censé autoriser la vente, mais sous cette condition que lui-même prendra la place de l'acheteur. L'offre faite au proïsme nous semble donc l'application de cette règle ancienne qui défendait à un homme d'aliéner un bien de famille sans le consentement des copropriétaires de ce bien ; l'offre nous apparaît donc comme une conséquence de la copropriété de famille.

La théorie de l'offre au proïsme fut généralement remplacée par le retrait lignager.

Le retrait lignager, dit Pothier (1), est le droit que la

---

(1) Pothier, tome I, p. 560.

loi accorde à ceux du lignage du vendeur de prendre le marché de l'étranger à qui l'héritage propre de leur famille a été vendu, et de se faire en conséquence délaisser l'héritage, à la charge d'indemniser l'étranger acquéreur de tout ce qui lui a coûté pour l'acquisition. Nous allons développer cette définition, puis montrer que le retrait lignager est une conséquence de la copropriété de famille, enfin nous ferons connaître brièvement ce qu'est le retrait du mi-denier, lequel est analogue au retrait lignager.

1<sup>o</sup> *Qui a droit au retrait lignager.* — Pour pouvoir exercer le retrait lignager, il fallait, au xiv<sup>e</sup> siècle, être le plus proche parent du vendeur (1), être parent au degré successible, enfin être parent du côté d'où provenait le bien patrimonial aliéné. Au xvi<sup>e</sup> siècle, ces conditions ont été modifiées, le retrait fut accordé à toute la famille du vendeur, ce n'était pas le plus proche, c'était le plus diligent qui bénéficiait du retrait. Certaines coutumes ont poussé très loin la troisième condition, elles exigeaient que le retrayant fût un descendant de celui qui le premier avait introduit le propre dans la famille, d'autres, moins sévères, exigeaient seulement que le retrayant fût parent du premier acquéreur, il suffisait que cette parenté fût en ligne collatérale (2).

2<sup>o</sup> *Biens soumis au retrait.* — Primitivement, on ne pouvait retirer que les immeubles patrimoniaux, mais au

---

(1) Arrêt du Parlement de Paris de 1308. *Olim*, t. III, p. 302.

(2) La distinction de coutumes de simple côté, de côté et ligne et souchères, est dans Pothier, *loc. cit.*

xvi<sup>e</sup> siècle, on soumit au retrait les acquêts et les meubles précieux des grandes maisons (1).

3<sup>o</sup> *Actes donnant lieu au retrait.* — Les ventes et actes équipollents à vente donnaient lieu au retrait, on n'a jamais admis que l'on pût retirer un immeuble donné en échange (2).

4<sup>o</sup> *Effets du retrait.* — Le retrait lignager n'avait pas pour effet d'annuler le contrat primitif : ce contrat subsistait avec toutes ses clauses. Seule la personne de l'acheteur était changée. Le vendeur n'était pas tenu de garantir l'acheteur évincé. Quant au retrayant, il devait indemniser l'acheteur, lui rembourser le prix d'achat, les frais du contrat, etc.

Le bien retrayé était autrefois réputé acquêt entre les mains du retrayant, mais l'art. 129 de la nouvelle coutume de Paris lui donne la qualité de propre.

5<sup>o</sup> *Délai du retrait.* — Le retrait devait être exercé dans l'année qui suivait la vente. Chose remarquable, dit M. Jobbé-Duval (3), l'acheteur devenait propriétaire dès le moment où il avait reçu tradition, et cependant c'était la prescription acquisitive d'an et jour qui devait s'accomplir à son profit (4).

6<sup>o</sup> *Origine du retrait.* — Nos anciens auteurs n'étaient pas d'accord sur l'origine qu'il convenait d'assigner au

---

(1) *Grand Coutumier de Normandie*, ch. 116, — et Loisel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. 5, 23.

(2) *Livre des droits et comm.*, n° 577. — Pothier, tome I, page 562.

(3) Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 155.

(4) Sur tous ces points, voyez *Cout. de Paris*, art. 119 à 149, commentés par E. de Laurière ; Pothier, *Traité des retraits* ; *Répertoire de Guyot*, v<sup>o</sup> *Retrait lignager*.

retrait lignager. Pothier semble croire que « le retrait lignager a son fondement dans l'attachement qu'avaient nos pères aux biens qui leur étaient venus de leurs ancêtres (1). » Mais ce motif est évidemment insuffisant. Selon certains auteurs (2), le retrait lignager aurait une origine féodale, ce ne serait pas autre chose que le retrait seigneurial généralisé. De même que le seigneur avait le droit de rappeler à sa table le fief librement aliéné par son vassal, de même tout individu reçut le droit de retirer les propres aliénés par son proche parent. Ce motif me semble encore insuffisant. D'abord, le retrait lignager est connu chez des peuples qui n'ont jamais été soumis au régime féodal, tels sont aujourd'hui les Kabyles du nord de l'Afrique.

Autrefois les Hébreux ont pratiqué le retrait lignager bien qu'ils n'aient jamais connu le retrait seigneurial. N'est-il pas bizarre de soutenir que le retrait lignager a pu avoir telle origine chez un peuple et telle autre origine absolument différente chez un autre peuple? N'est-ce point plus rationnel de prétendre que la même institution procède des mêmes causes; que ces causes restent les mêmes quel que soit le peuple qui l'ait adoptée, quelle que soit l'époque où elle s'est rencontrée? D'un autre côté, on pourrait adresser à la théorie que je viens d'énoncer, les mêmes reproches que j'ai adressés, page 153, aux auteurs qui pensent que le retrait féodal est basé sur l'intérêt des seigneurs; il serait trop long et fort inutile de les répéter ici.

Il me semble donc que le retrait lignager n'est pas une institution féodale. Pour moi je croirais très volontiers

---

(1) Pothier, *Traité des retrails*, n° 6

(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. V, ch. 8 et 9, et livre dernier, à la fin.

que cette institution est une conséquence de la copropriété de famille ; la justification de cette thèse résultera d'une étude attentive des diverses conditions auxquelles est soumis l'exercice du retrait lignager.

Le retrait lignager n'avait lieu qu'autant qu'un immeuble propre avait été vendu. Si le retrait s'appliquait aux propres, c'est que les propres seuls constituaient des biens de famille ; les meubles et les acquêts n'appartenant pas à la famille, on ne conçoit pas que celle-ci élevât quelque réclamation lors de leur aliénation. Si le retrait n'avait lieu qu'à la suite des ventes, c'est qu'il était défendu au propriétaire d'un bien de famille de vendre ce bien sans le consentement de la famille ; s'il n'avait pas lieu à la suite des donations et des testaments, c'est que les droits de la famille étaient protégés dans ce cas par d'autres institutions, la règle donner et retenir ne vaut, et la réserve.

Le retrayant devait être, dans le principe, le plus proche héritier du vendeur. N'est-ce point une conséquence de l'ancienne théorie de l'offre au prochain ? L'héritier présomptif n'est-il pas considéré comme consentant à la vente, mais à condition que lui-même prenne la place de l'acheteur ?

Le retrayant devait être, sinon un descendant de celui qui avait le premier introduit le propre dans la famille, du moins un parent de la ligne à laquelle appartenait cet individu. La même règle se rencontre dans les successions, le réservataire de la ligne paternelle n'avait droit qu'aux biens de la ligne paternelle, celui de la ligne maternelle aux biens venant de la ligne maternelle ! Une étroite parenté unit donc la réserve au retrait lignager : si la réserve dérive de la copropriété de famille, le retrait lignager doit certainement avoir la même origine.

Le droit d'exercer le retrait était perdu après l'an et

jour qui suivait la vente : cette prescription acquisitive qui se réalisait au profit de l'acquéreur est la preuve que le lignager était investi d'un certain droit réel sur le bien vendu ; ce droit, c'est, à n'en pas douter, un reste de la copropriété de famille.

7<sup>o</sup> *Retrait du mi-denier*. — Le retrait du mi-denier est une variété du retrait lignager (1). « On appelle ainsi, dit Merlin (2), un retrait qui a lieu quand un héritage est acheté pendant la communauté par deux conjoints dont l'un est parent lignager du vendeur et quand ce bien, après la dissolution de la communauté, est partagé comme conquêt entre le survivant et les héritiers du prédécédé. Il est qualifié de mi-denier, parce que celui qui l'exerce, étant déjà propriétaire d'une moitié ne retire que l'autre moitié attribuée à son conjoint. »

L'immeuble vendu à la communauté est réputé vendu à un étranger (3) : l'époux, parent lignager du vendeur, pourra exercer le retrait contre la communauté de la même manière qu'il exercerait le retrait contre un acquéreur étranger, avec cette seule différence que l'époux ne remboursera à la communauté que la moitié du prix d'acquisition.

Le retrait du mi-denier, comme le retrait lignager, ne

---

(1) *Coutume de Paris*, art. 155. Quand aucun héritage propre est acquis durant et constant le mariage entre deux conjoints dont l'un est parent lignager du vendeur du côté dont le dit héritage appartenait au vendeur, tel héritage ainsi vendu ne gît en retrait durant et constant le mariage, mais après le trépas de l'un des dits conjoints, la moitié du dit héritage gît en retrait à l'encontre de celui qui n'est lignager ou de ses hoirs s'ils ne sont lignagers du dit vendeur, etc.

(2) *Répertoire de Guyot*, v<sup>o</sup> *Retrait de mi-denier*. — Pothier, tome I, pages 573 à 576.

(3) L'immeuble est acquis *simpliciter*, s'il était acquis par retrait lignager par un des époux, *tunc esset statim proprium illius... nec cederet in divisionem*. (Dumoulin, note sur l'art. 182 de l'anc. Cout. de Paris)

s'exerce qu'en cas de ventes ou actes équipollents à vente ; il ne porte que sur les immeubles patrimoniaux, il produit en général les mêmes effets que le retrait lignager. Il diffère pourtant à certains points de vue du retrait lignager : il n'a lieu qu'autant que le bien a été acquis pendant le mariage, qu'autant que les époux sont communs en biens : il faut en outre que l'un des conjoints soit parent lignager du vendeur, et l'autre étranger, car s'ils étaient tous deux parents, le retrait de mi-denier serait écarté par ce principe que les ventes faites à des lignagers sont exemptes de retrait lignager. Le retrait du mi-denier ne peut avoir lieu qu'après la dissolution de la communauté. Il n'a pas lieu quand les conjoints laissent des enfants issus de leur mariage, car, dans ce cas, les enfants devant recueillir un jour la totalité de l'immeuble, il n'est pas exact de dire que l'immeuble est sorti de la famille.

L'exposé des règles auxquelles est soumis le retrait du mi-denier confirme donc la proposition que j'émettais plus haut, à savoir que le retrait du mi-denier est une variété du retrait lignager. Je conclus en affirmant que le retrait du mi-denier a la même origine que le retrait lignager ; tous deux sont des vestiges de la copropriété de famille.

Au <sup>xvi</sup><sup>e</sup> siècle, le retrait lignager fut détourné de sa destination primitive. Le retrait lignager avait été institué dans le but de protéger les droits des héritiers présomptifs sur un patrimoine dont ils étaient en quelque sorte copropriétaires ; on oublie cette origine et l'on ne voit plus dans le retrait qu'un moyen d'empêcher que la prodigalité d'un parent affaiblit la puissance et la fortune de la noblesse, en faisant passer en des mains roturières les grandes propriétés territoriales (1). Cette idée seule peut nous expli-

---

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. V, ch. 8 et 9.

quer les diverses modifications apportées à la théorie du retrait. Autrefois, le plus proche héritier seul pouvait exercer le retrait; désormais le retrait appartient à toute la famille *in globo*; le plus diligent pourra se l'approprier, *quodam jure occupationis* (1). Autrefois on ne pouvait retirer que les immeubles patrimoniaux; désormais on pourra retirer les acquêts, et même les meubles précieux des grandes maisons (2). Autrefois le retrait n'était pratiqué que chez les peuples du nord de la France, lesquels étaient encore tout imprégnés des souvenirs de la copropriété de famille; désormais le retrait sera accepté par les provinces soumises au droit romain, dans lequel, on s'en souvient, la copropriété de famille était devenue lettre morte depuis près de dix siècles (3).

Ces caractères nouveaux avec lesquels se présentait le retrait lignager, devaient certainement le rendre odieux aux législateurs de l'époque intermédiaire si hostiles à la noblesse et si favorables au principe de la libre transmission des biens : aussi n'ont-ils pas hésité à supprimer tous les retraits par la loi fameuse du 17 juillet 1790 (4).

Certains auteurs ont pourtant soutenu que l'institution réglée par l'article 841 du Code civil, et à laquelle les commentateurs ont donné le nom de retrait successoral, était une variété de retrait lignager (5). Cet article prévoit l'hypothèse suivante : un individu meurt en laissant plusieurs héritiers ; un des cohéritiers vend à un étranger sa

---

(1) Pothier, tome I, page 564.

(2) Loisel, *Instit. coutum.*, liv. III, tit. 5, 23.

(3) *Coutume de Bordeaux*, art. 4; en Provence, requête de 1742, citée par Guyot.

(4) Certaines coutumes du Nord avaient déjà supprimé le retrait lignager au *xii<sup>e</sup>* siècle.

(5) Coulbaut, thèse, *du Retrait successoral*, 1883.

part encore indivise de la succession. Quand viendra le moment du partage, un quelconque des cohéritiers pourra écarter le cessionnaire en lui remboursant le prix de la cession. Le retrait successoral est une création des Parlements (1). Sans doute cette institution a souvent pour résultat d'empêcher que les biens du *de cujus* ne passent en des mains étrangères, mais ce résultat est accidentel. Le retrait est attaché, moins à la qualité de parent qu'à celle de successible, de telle sorte que le plus proche parent déshérité ou renonçant ne saurait exercer le retrait, tandis qu'un parent d'un degré plus éloigné, venant à la succession, pourrait s'en prévaloir. Le but du législateur, en instituant le retrait successoral, a été de faciliter le partage en écartant des spéculateurs avides qui ne reculent devant aucune chicane et qui retardent les liquidations. On a voulu aussi empêcher les étrangers de s'insinuer dans les secrets des familles, de prendre connaissance des titres, de pénétrer des mystères que l'honneur de la famille voudrait tenir toujours cachés.

II. DONATIONS ENTRE VIFS. — Si la vente d'un propre était défendue, il semble qu'à plus forte raison la donation de ce même bien eût dû être interdite. Cependant les lois des Francs ne contiennent aucun renseignement sur cette grave question (2). La loi des Burgondes, comme nous l'avons vu, n'autorise le père de famille à aliéner qu'une part de son patrimoine, « *de communi facultate et de labore suo cuilibet donare liceat, absque terra sortis titulo acqui-*

---

(1) *Journal du Palais*, 1862, page 363, cité par Coulbaut, thèse, *du Retrait successoral*, 1883.

(2) Pourtant le tit. 48 de la loi des Ripuaires (Walter, I, p. 178) ne permet l'affatomie, ou institution contractuelle, qu'à celui qui n'a pas d'enfants.

*sita* (1). Si maintenant nous consultons les anciennes chartes de donations, nous rencontrons les contradictions les plus frappantes : dans certaines chartes nous trouvons, à côté du nom du donateur, celui de sa femme et de ses parents; dans d'autres, le donateur seul figure au contrat; bien plus, il prononce des malédictions épouvantables contre ceux de ses parents qui oseront critiquer la donation (2).

Selon M. Desjardins, les donations étaient très fréquentes dans les premiers siècles qui suivirent l'invasion. Tout chef de bande faisait de nombreuses libéralités à ses compagnons pour récompenser leur fidélité et leur courage. Comme les donateurs étaient des hommes très puissants, qui savaient à l'occasion se soustraire à l'obéissance et au respect de la loi, il leur arrivait souvent de reprendre les biens qu'ils avaient donnés. Leurs héritiers, qui se considéraient comme lésés par la donation, n'hésitaient pas à reprendre les biens aliénés par leur auteur. Pour se soustraire à ces vexations, les donataires avaient recours à une foule de moyens; tantôt ils inséraient dans la charte des imprécations : *si le donateur réclame, qu'il soit chassé de la réunion des chrétiens et de l'Eglise, etc.*; tantôt ils demandaient protection au roi, à l'Eglise; tantôt ils faisaient figurer au contrat la femme, les parents du donateur, qui s'engageaient sous le sceau du serment à ne

---

(1) *Lex Burg.*, tit. 1 et tit. 51 (W., I, pages 305 et 325). Nous avons indiqué page 162, note, la manière de concilier ces deux textes.

(2) Collection Guizot, III, tit. 2 — Desjardins, *Rev. crit. de législat.*, tome 23; *Recherches sur l'origine de la règle DONNER ET RETENIR NE VAUT.*

Lehuërou, page 57, cite l'exemple d'Arnouf, qui pria ses fils de vouloir bien consentir à une donation qu'il voulait faire aux pauvres.

jamais troubler le donataire. Selon M. Desjardins, la signature des parents, du seigneur, de la femme du donateur était une sûreté accordée au donataire, une promesse de garantie, mais ne constituait nullement un élément requis pour la validité du contrat.

Cette explication ne me paraît pas complètement exacte. Et d'abord il me semble téméraire de soutenir que tout propriétaire pouvait donner librement ses biens : n'avons-nous pas rencontré chez les Bourguignons une certaine catégorie de biens frappés d'inaliénabilité ? Quant à la participation des parents à la donation, il me semble bien singulier de la considérer comme une promesse de garantie ; nous avons rencontré cette participation dans des ventes de biens patrimoniaux, et nous en avons conclu que les parents avaient le droit de consentir ou de s'opposer aux ventes de biens patrimoniaux faites par l'un d'eux ; n'est-il pas rationnel de soutenir que les parents ont également le droit de consentir ou de s'opposer aux donations de biens de famille ? Je serais donc disposé à diviser les chartes de donations conservées jusqu'à aujourd'hui, en deux catégories. Les chartes dans lesquelles on trouve l'adhésion des parents, se rattachent à la copropriété de famille : si les parents figurent au contrat, c'est pour consentir à l'aliénation d'un bien dont ils sont copropriétaires. Les chartes où le donateur figure seul, celles qui contiennent des imprécations contre les parents qui viendraient attaquer le contrat, sont inspirées par l'influence de l'Eglise qui se montra toujours favorable à la liberté de disposer. C'est à ces chartes seulement que l'explication de M. Desjardins s'applique exactement. Je reconnais donc avec cet auteur, que dans les pays où l'influence de l'Eglise prédominait, chaque propriétaire

avait le droit de disposer librement de ses biens, et je considère avec lui les imprécations dirigées contre le donateur et les tiers, les suppliques adressées au roi, comme des moyens destinés à assurer la stabilité du contrat.

Plus tard, quand le pouvoir royal se fut affermi, quand il eut accordé une égale protection aux faibles comme aux puissants, il exigera que tout donateur respectât la convention qu'il avait librement consentie. On inséra dans toutes les coutumes cette règle que les donations sont irrévocables, que le donateur ne peut plus disposer à nouveau de l'objet donné. Comme conséquence de cette idée, on exigea que le donateur fit tradition de la chose donnée, pendant sa vie, car s'il restait en possession de cette chose jusqu'à sa mort, il était présumé n'avoir pas fait une donation sérieuse. On résume ces différentes idées dans le brocard suivant : donner et retenir ne vaut.

Avec le temps, on oublia l'origine de la règle pour n'en plus retenir que les résultats. Le donateur, obligé de faire tradition de son vivant, sera moins porté à faire des libéralités que s'il avait le droit de conserver pendant toute sa vie la jouissance des choses données. S'il est obligé de se dessaisir de l'objet donné, son patrimoine sera diminué, ses revenus amoindris, il hésitera à accomplir un acte qui lui causera préjudice, et le plus souvent, il renoncera à son intention libérale, il conservera intact son patrimoine. La règle donner et retenir ne vaut aboutit donc en définitive à protéger les droits de la famille du donateur. Pothier indique clairement ce résultat (1). « La raison pour laquelle notre droit a requis la nécessité de la tradition et celle de l'irrévocabilité se fait

---

(1) Pothier, *Donat. entre vifs*, t. VIII, p. 373.

assez apercevoir. L'esprit de notre droit incline à ce que les biens demeurent dans les familles et passent aux héritiers. Nos lois, en permettant la donation, ont jugé à propos de mettre un frein qui en rendit l'exercice plus difficile. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner qu'il ne se dessaisit dès le temps de la donation de la chose donnée et qu'il se privât pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle qu'on a pour ce qu'on possède et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement détournât les particuliers de donner. » Cette règle avait encore pour résultat d'empêcher les donateurs de tourner les règles propres aux testaments (1). Il était défendu de léguer les propres, il était permis de les donner. Si on avait permis aux particuliers de faire donation de leurs biens, tout en conservant la faculté d'en pouvoir disposer, les particuliers auraient caché de véritables legs sous l'apparence de donations, et ainsi, auraient frustré leurs héritiers.

La règle *donner et retenir ne vaut* s'applique non-seulement aux donations d'immeubles propres, mais encore aux donations d'acquêts, aux donations faites par ceux qui n'ont pas de famille. Elle nous apparaît, dans les ouvrages de nos anciens auteurs, comme un mesure destiné à protéger les droits des héritiers présomptifs du donateur.

Certaines coutumes sont pourtant restées fidèles aux anciens principes et ont maintenu les conséquences qui découlent logiquement de la copropriété de famille. La coutume de Clermont défend à tout père de famille de donner entre vifs ses propres (2). Dans les coutumes de

---

(1) Ferrière, sur l'art. 273 de la Cout. de Paris.

(2) Cout. de Clermont, VII, 3.

Reims, de Tours, de Berry, de Calais, la moitié des propres (1), dans celles du Maine, du Poitou, de Saintonge, le tiers des propres (2) était frappé d'inaliénabilité. Enfin, dans les coutumes d'Artois, de Boulenois et d'Amiens (3), l'héritier qui avait consenti à une donation entre vifs même excessive, ne pouvait pas demander la réduction quand sa légitime se trouvait atteinte.

Les lois qui prohibaient les donations de propres ont disparu sous la Révolution (4) ; mais la règle *donner et retenir ne vaut* existe encore ; le Code civil en a accepté les principales conséquences dans les articles 943 et suivants. Il nous semble impossible d'expliquer la présence de ces articles dans un Code qui accorde aux parties (5) contractantes une liberté presque illimitée et qui se préoccupe si peu de la conservation des biens dans les familles.

III. TESTAMENTS. — C'est surtout à la matière des testaments qu'il convient d'appliquer cette phrase célèbre de Guizot : « Le caractère de l'époque barbare, c'est le chaos de tous les éléments ; il est impossible d'y rencontrer nulle part aucun principe un peu général... partout règne une confusion générale des situations et des principes, etc. » Nous allons assister à la lutte de deux influences contraires : d'une part, la théorie de la copropriété de famille s'opposera aux pouvoirs exorbitants que le père de famille

---

(1) Cout. de Reims, art. 232 ; de Tours, 233, 238, 247 ; de Berry, VII, 9 ; XVIII, 5 ; de Calais, 68, 84.

(2) Cout. du Maine, art. 232, 336, 352 ; de Poitou, 203, 223 ; de Saintonge, 84 à 89.

(3) Cout. d'Artois, art. 76 ; de Boulenois, 91 ; d'Amiens, 58.

(4) Loi du 17 nivôse an II.

(5) Aubry et Rau, tome VII, page 365, note 5.

voudrait s'arroger, de disposer par testament des biens de la famille; d'autre part, l'influence de l'Eglise et du droit romain s'efforcera de faire entrer le testament dans les habitudes des Barbares. De cette lutte, sortira la réserve.

Le testament était inconnu chez les Francs et les Ripuaires. La loi salique, dans le titre *de hac famirem* (1), fournit le moyen de disposer d'une hérédité future. Nous avons déjà décrit la procédure compliquée que plusieurs auteurs ont prise pour une adoption. Ce contrat n'est pas une adoption, car le gratifié est qualifié à trois reprises différentes du titre d'héritier. Ce n'est pas non plus un testament, car le don est irrévocable et toujours la révocabilité a caractérisé le testament (2). La loi ripuaire permet à celui qui n'a pas d'enfants, de recourir à ce contrat qui en réalité est une institution contractuelle (3).

La loi des Wisigoths permet à celui qui n'a pas d'enfants, de disposer librement de tous ses biens : le père de famille ne peut disposer que du tiers de ses biens (4). Chez les Burgondes, le père de famille peut *dare de communi facultate et de labore suo*, mais je ne crois pas que cet acte soit un testament.

Le seul document que nous possédions sur la matière des testaments au IX<sup>e</sup> siècle, est un capitulaire de Louis le Débonnaire qui défend aux ecclésiastiques de recevoir de ceux qui ont des enfants, des libéralités assez considérables pour constituer une exhérédation contre ceux-ci (5).

---

(1) Loi salique, tit. 46. Pardessus, page 26.

(2) L'irrévocabilité s'induit de ces mots : *Si contra hoc aliquid dicere voluerit, tres testes dicant quod ..*

(3) Tit. 48. Walter, I, p. 178.

(4) *Lex Wis.*, liv. IV, tit. 5. Walter, I, p. 505.

(5) Walter, tome II, page 303.

Au moyen âge les documents sont nombreux ; tous s'accordent à frapper d'indisponibilité une certaine catégorie de biens. Chez les nobles, il était défendu de léguer un fief à un étranger, mais il était permis de disposer du tiers des censives propres ; les fiefs et les deux tiers des censives propres sont donc indisponibles (1).

Chez les bourgeois, les quatre cinquièmes des propres sont réservés à la famille (2).

Chez les roturiers, Beaumanoir déclare que l'homme de poeste peut comme le gentilhomme en son testament laisser là où il lui plaît ses meubles, conquêts et le cinquième de son héritage : les quatre cinquièmes de ses propres sont donc indisponibles (3).

Pendant la période monarchique, le droit commun (4), contenu dans l'article 292 de la coutume de Paris, défendait de léguer plus de la cinquième partie des propres ; les quatre autres cinquièmes constituaient une portion indisponible, appelée *réserve des quatre quints* ou *réserve coutumière*. La coutume de Normandie allait même jusqu'à frapper d'une indisponibilité absolue la totalité des propres possédés par un père de famille (5). Les coutumes d'Artois et de Boulenois ne permettent pas de tester contre la volonté des proches (6).

La réserve était dévolue en première ligne aux enfants et descendants du défunt ; à défaut d'enfants, aux autres parents. La seule présence d'un collatéral très éloigné,

---

(1) P. de Fontaines, *Conseil*, ch. 34.

(2) Assises des Bourgeois, ch. 149.

(3) Cout. de Beauv., ch. 12, §§ 13 et 17.

(4) Coutumes de Calais, art. 84 ; de Valois, art. 84 et 86 ; d'Amiens, art. 57, d'Auxerre, art. 225 ; d'Orléans, art. 292 ; Nivernais, XXX, 1.

(5) Cout. de Normand., art. 427 et 428.

(6) Artois, 70 et 133. ; Boulenois, 40, 129 ; Labourt, XI, 4 ; Soule, XXVI, 4.

pourvu toutefois qu'il fût au degré successible, suffisait pour enlever à un individu le droit de disposer des quatre quints de ses propres. En Bourgogne, par exception, la réserve n'appartenait qu'aux descendants : celui qui n'avait pas de descendants pouvait disposer de la totalité de ses biens (1).

Nous indiquerons dans notre troisième paragraphe, lorsque nous traiterons de la copropriété de famille lors du décès du père, les règles qui président à la dévolution et au partage de la réserve. Pour le moment, bornons-nous à énoncer la sanction de la réserve et à indiquer le moyen auquel on recourait pour augmenter les biens indisponibles quand la réserve était insuffisante.

La sanction de la réserve était l'action en retranchement des legs successifs : ce n'était pas une nullité totale, c'était simplement une réduction. L'action en réduction durait trente ans, elle se donnait contre les tiers acquéreurs (2).

Lorsque les quatre quints des propres étaient insuffisants, soit par absence de propres, soit parce que le *de cuius* avait fait pendant sa vie des donations entre vifs excessives ou parce qu'il avait disposé de tous ses autres biens, le droit des héritiers réservataires se trouvait réduit à néant. Ce résultat, qui était cependant la conséquence normale des principes relatifs à la réserve, parut injuste dans certains cas. Il pouvait, en effet, arriver que les héritiers ainsi frustrés fussent les propres descendants du testateur : l'humanité, l'amour paternel commandait que dans ce cas on prélevât une certaine part des acquêts et

---

(1) Cout. de Bourgogne, VIII, 2, 4, 7, 9.

(2) Beaumanoir, *op. cit.*, ch. 12, §§ 3 et 17. Bourjon, *Droit comm.*, tit. 20.

des meubles pour les donner aux enfants à titre d'aliments. Comme la théorie romaine de la légitime secondait merveilleusement ce projet, on s'empessa de l'introduire dans le droit coutumier et on en fit une institution subsidiaire à la réserve des quatre quints (1). La légitime romaine n'était due qu'aux enfants et autres descendants, et aux ascendants; elle n'était due qu'au cas où la réserve coutumière était insuffisante; elle portait sur les meubles, acquêts, aussi bien que les propres; elle atteignait non-seulement les legs, mais encore les donations entre vifs. La légitime était égale à la moitié de la part que le successeur aurait eue si le *de cuius* était mort intestat; dans certaines coutumes, on laissait aux tribunaux le soin de déterminer arbitrairement quelle serait la quotité de la légitime (2). En principe, pour avoir droit à la légitime, il fallait être héritier (3); pourtant on admit que quand la succession serait grevée de dettes, le légittimaire pourrait, tout en renonçant à la succession, faire réduire à son profit les donations entre vifs faites par le *de cuius*; on admit également que l'enfant qui avait reçu un don ou un legs pouvait retenir sa légitime sur le don ou le legs pourvu qu'il renonçât.

La légitime, admise par les pays de coutume, n'est donc pas autre chose que la légitime romaine avec tous les caractères de celle-ci. Ces deux institutions, si parfaitement semblables, ont certainement une même origine, qui est, nous l'avons montré dans notre chapitre 2, la dette alimentaire et l'*officium pietatis*.

---

(1) Coutumes de Paris, art. 298; Orléans, 274; Calais, 85, etc.

(2) Coutumes d'Auxerre, Berry, Nevers.

(3) *Apud nos, nemo legitimam habet nisi quis heres est.* Dumoulin, sur l'art. 125 de l'anc. Cout. de Paris.

La réserve me semble avoir une origine toute différente. La réserve ne comprend que les propres ; or les propres, nous nous en souvenons, étaient les biens de la famille, les biens dont le père de famille avait seulement l'administration. La réserve appartenait, non pas spécialement à ceux envers lesquels le *de cujus* était tenu de la dette alimentaire, mais à la famille en général. De la combinaison de ces deux idées, il résulte que la famille a un certain droit sur les biens patrimoniaux détenus par un individu. Ce droit, à mon avis, c'est, sinon un véritable droit de copropriété, du moins un vestige de la copropriété de famille.

« La réserve, dit M. Boissonnade (1), est un vestige de la copropriété germanique ; comme telle, elle appartient à tout héritier, même en ligne collatérale ; elle ne porte que sur les biens propres ou venant de la famille... La légitime, au contraire, a un caractère en quelque sorte alimentaire ; de Fontaines la rattache à l'office de piété et à la loi de nature, elle est un secours subsidiaire ; limitée d'abord aux enfants, elle s'étend ensuite aux ascendants... »

Les lois relatives à la réserve continuèrent à être observées jusqu'à la Révolution. Un décret du 5 brumaire an II, la loi célèbre du 17 nivôse an II limitent au dixième de tous les biens le droit de disposer à titre gratuit au profit d'étrangers quand le disposant a des enfants, et au sixième quand il n'a que des collatéraux.

La loi du 4 germinal an VIII élève un peu la quotité disponible. Il est difficile de savoir si ces lois organisent une véritable légitime ou bien si elles établissent une

---

(1) Boissonnade. *op. cit.*, pages 234, 235.

réserve. Notre Code civil, dans les articles 913 à 917, fixe la quotité disponible à la moitié, au tiers, au quart des biens, suivant que le disposant laisse un, deux ou trois enfants ; à la moitié ou au quart, suivant que le disposant laisse deux ou un seul ascendant. Ces articles organisent-ils une réserve ou bien une légitime ? Les travaux préparatoires laissent planer l'indécision sur cette question. Les expressions *légitime*, *réserve*, sont employées tour à tour par les orateurs, quelquefois dans la même phrase. Les premières rédactions organisent la légitime des ascendants et la réserve des frères et sœurs. L'expression uniforme de réserve n'apparaît dans le texte qu'à partir des modifications proposées par le Tribunat, elle prend place dans la rédaction définitive sans que l'on trouve trace des causes de ce changement (1). Si nous demandons quelques renseignements à l'analyse juridique, nous nous trouvons plongés dans un grand embarras. D'une part, la réserve porte sur tous les biens du disposant, meubles ou immeubles ; le réservataire a le droit de faire réduire toutes les donations entre vifs qui portent atteinte à sa réserve ; enfin, les réservataires sont seulement les descendants et les ascendants. — D'autre part, la réserve comme l'action en réduction, n'appartiennent qu'à ceux qui acceptent la succession ; le réservataire qui a reçu un don entre vifs ou un legs ne peut pas, en renonçant, cumuler sa part dans la réserve et la quotité disponible. D'un côté, certains caractères de la légitime ; d'un autre côté, certains caractères de la réserve. Il nous semble donc (2) que les rédacteurs du Code ont fait une œuvre mixte : ils ont voulu

---

(1) Fenet, t. XII, pages 244 à 299, 420, 460 et suiv.

(2) Boissonnade, p. 672.

atteindre le but de la légitime avec les moyens employés autrefois pour atteindre le but de la réserve (1).

IV. CONTRÔLE. — Les parents pouvaient-ils retirer au chef de famille le droit de gérer les biens patrimoniaux ? Il y a dans la loi des Burgondes un titre dont la rubrique est ainsi conçue : *de his qui debitas filiis suis portiones non tradiderunt* (2). Dans ce titre, le législateur s'occupe d'un certain Athila qui a refusé de partager son bien avec ses fils, il annule toutes les donations faites par Athila, il attribue aux enfants d'Athila toute la fortune de leur père ; puis, statuant pour l'avenir, il déclare nulles et non avenues toutes les donations faites par les parents lorsqu'elles auraient pour effet de frauder les enfants de la part qu'un partage loyal leur aurait attribuée dans les biens de la famille. Dagobert, fils de Clotaire, exigea, dès qu'il eut atteint l'âge de quinze ans, que son père lui cédât le royaume d'Austrasie. Clotaire essaya de retenir quelques villes. Dagobert protesta et une assemblée de seigneurs lui donna raison (3). Ces textes nous autorisent à dire que le partage des biens de famille pouvait être exigé. Mais, d'un

---

(1) Les substitutions autrefois si fréquentes, aujourd'hui si rarement pratiquées, ont une grande analogie avec les réserves. La réserve est une sorte de substitution perpétuelle. L'héritier institué est dans une situation analogue à celle de l'héritier réservataire : les biens grevés de substitution ressemblent beaucoup aux biens propres ; le grevé, comme le possesseur de propres, n'est qu'un administrateur temporaire. Nous avons admis que la réserve tirait son origine de la copropriété de famille ; cependant on ne peut pas soutenir que les substitutions ont la même origine. Les substitutions viennent du droit romain. Elles ont été inventées au commencement de notre ère. La grande différence qui existe entre les substitutions et les réserves est que l'appelé ne *devient* propriétaire qu'à la mort du grevé ; au contraire, les fils de famille sont copropriétaires des biens paternels du vivant même de leur père.

(2) *Lex Burg.*, tit. 51. Walter, I, p. 329.

(3) Lehuërou, *op. cit.*, page 58. Viollet, *Précis*, page 477.

autre côté, nous lisons dans les Capitulaires de Charlemagne que le partage fait par le père ne devra être respecté qu'autant que le père aura persévéré dans sa volonté jusqu'à sa mort. Il semble donc que le père soit libre de revenir sur sa décision et de reprendre les biens donnés (1). La lumière n'est pas encore faite sur ce point. Certains auteurs croient que le partage prévu par les lois barbares est l'origine de la démission de bien de l'ancien droit (2). Cette opinion est vraisemblable, mais il est impossible de l'appuyer sur des preuves sérieuses.

§ 3. — De la copropriété de famille lors du décès du père.

Le droit de copropriété dont les membres de la famille sont investis, n'étant plus gêné par le droit rival du père, va prendre son développement normal. Les héritiers présomptifs étaient propriétaires avant le décès du père, ils restent propriétaires après son décès ; ils ne peuvent pas abdiquer ce droit de propriété ; ils acquièrent le droit d'administrer les biens de famille et de les partager. Nous allons reprendre ces trois propositions.

1<sup>re</sup> proposition. — Les héritiers présomptifs étaient propriétaires des biens de famille avant le décès, ils restent propriétaires après le décès du père, qu'ils connaissent ou non l'événement du décès. Ce maintien de la pro-

---

(1) Charlemagne, VIII, cap. 248 : *divisionem ab eo factam durare si modo usque ad extremum ejus vivendi spatium voluntas ejus perseverare doceatur.*

(2) Gaudot, thèse, *Etude sur les partages d'ascendants*, Grenoble, 1880.

priété des biens de famille sur la tête des héritiers est la conséquence logique et nécessaire de la copropriété de famille. Nous ne trouvons pas dans les lois des Barbares, de textes qui affirment cette proposition d'une manière aussi précise que la loi 11, Digeste, 28, 2, mais la tradition supplée au silence des textes. Notre ancien droit a toujours admis qu'en ligne directe descendante les enfants sont toujours présumés héritiers. « Par l'article 318 de la coutume de Paris, on reconnaît que la loi leur défère l'hérédité, ils deviennent de droit héritiers sans qu'il soit nécessaire de faire aucune demande en justice (1). » Dans les coutumes d'Auvergne et de la Marche, on étendait cette solution à tous les autres héritiers légitimes, mais dans les autres coutumes, la question était très controversée. Des auteurs soutenaient que l'héritier devait faire adition, qu'il ne devenait propriétaire que par l'adition. La majorité des auteurs et la jurisprudence du Châtelet de Paris exigeaient que les héritiers collatéraux manifestassent leur volonté par une acceptation (2). Mais ce mot même d'*acceptation* démontre que l'hérédité est déjà acquise aux collatéraux, sinon, il faudrait faire adition. C'est la loi elle-même qui fait le premier pas, qui va trouver l'héritier (3), l'héritier ratifie l'offre qui lui est faite, il consolide la qualité que la loi lui avait donnée. Pothier exprime clairement ce résultat : « Suivant notre droit français, une succession est acquise à l'héritier que la loi y appelle dès l'instant même qu'elle lui est déférée, et avant qu'il en ait

---

(1) Acte de notoriété du Châtelet de Paris, de 1706, rapporté par Guyot, v<sup>o</sup> *Abstention*. — *Contra* : Deux arrêts du Parlement de 1590, 1730, qui n'ont pas fait jurisprudence

(2) *Répertoire de Guyot*, v<sup>o</sup> *Héritier*.

(3) Marseille, thèse de doctorat. Paris, 1873.

la moindre connaissance, c'est-à-dire dès l'instant de la mort du défunt (1) »... « L'effet de l'acceptation est que celui qui a accepté une succession est réputé être, dès l'instant de la mort du défunt, propriétaire des biens du défunt (2). »

Cette règle fut acceptée même par les pays de droit écrit. On l'étendit à tous les successeurs légitimes, aux enfants naturels, à l'Etat, qui pourtant n'ont jamais été copropriétaires des biens du défunt (3). Notre Code civil a adopté la même théorie dans l'article 724.

2<sup>e</sup> proposition. — Les parents copropriétaires ne peuvent pas abdiquer le droit de propriété qu'ils ont sur les biens de famille : en un mot, ils sont héritiers nécessaires. Tacite appelait les enfants héritiers siens et par conséquent héritiers nécessaires. Plus tard, les parents ne pouvaient perdre la qualité d'héritiers qu'en perdant la qualité de membres de la famille « en renonçant à l'hérédité, au *iuramentum* et à tout ce qui touche les parents (4) »

Cette deuxième conséquence de la copropriété de famille fut repoussée de très bonne heure. On admit ce principe que *nul n'est héritier qui ne veut*. « Nous n'avons pas, dit Ferrière, d'héritiers nécessaires en France : tous les héritiers sont volontaires, nous n'observons pas les différences

---

(1) Pothier, édition Bugnet, tome VIII, page 111.

(2) Pothier, tome VIII, page 124.

(3) On avait admis dans l'ancien droit que les légataires devenaient propriétaires de la chose léguée de plein droit, dès le moment de la mort du testateur. (Pothier, tome VIII, page 291.) Cette solution ne dérive pas de la copropriété de famille, c'est une importation romaine. Justinien avait décidé que tous les legs auraient la même nature. Soit un legs d'une chose déterminée : immédiatement après l'adition faite par l'héritier, le légataire devenait propriétaire. Comme chez nous l'adition n'existait plus, le légataire devint propriétaire dès la mort du *de cujus*.

(4) Loi salique, tit. 60. Pardessus, page 33.

de personnes établies par le droit romain entre les héritiers siens et les héritiers étrangers (1). » Mais cette maxime est en contradiction avec celle développée précédemment. Nous disions plus haut que le plus proche parent acquerrait de plein droit la propriété des biens du défunt, et la coutume de Paris nous annonce que le plus proche parent n'est héritier qu'autant qu'il le veut bien. Comment concilier ces idées divergentes ? La manière la plus simple de lever la contradiction était de dire *nul ne demeure héritier malgré lui*. Oui, le plus proche parent acquiert de plein droit la propriété des choses héréditaires, il est propriétaire, mais sous condition qu'il ne renoncera pas à la succession : il est propriétaire, sous la condition résolutoire de sa renonciation. Comme une renonciation ne se présume pas, il faudra que l'héritier déclare expressément sa volonté de renoncer. Les coutumes d'Auvergne et de la Marche adoptent franchement cette doctrine. « Aucun n'est recevable à se dire l'héritier d'aucun s'il ne répudie et renonce expressément à la succession (2). » Les autres coutumes distinguaient : s'il s'agissait de descendants en ligne directe du défunt, on décidait qu'ils étaient propriétaires sous condition résolutoire de leur renonciation ; s'il s'agissait d'héritiers collatéraux, on admettait qu'ils pouvaient se décharger des dettes et perdre leur qualité d'héritiers en restant dans l'inaction. Pothier, au contraire (3), n'admettait pas de distinction entre les descendants et les autres héritiers du défunt, il exigeait dans tous les cas une renonciation expresse, il assimilait tous les héritiers

---

(1) Ferrière, sur l'art. 316 de la Cout. de Paris, glose unique, § 1.

(2) *Rép. de Guyot*, v<sup>is</sup> *Abstention*, *héritier*.

(3) Pothier, tome VIII, page 145.

aux héritiers de la ligne directe descendante. Le Code civil a adopté son opinion dans l'article 784.

Nous venons de montrer que tous les héritiers *ab intestat* acquièrent de plein droit la propriété des biens du défunt. Il est certain qu'aujourd'hui les successeurs réguliers acquièrent de plein droit la possession de ces mêmes biens. On s'est efforcé de soutenir que cette acquisition ou saisine est la conséquence de la copropriété de famille (1). Les arguments que l'on invoque sont les suivants : Du moment que les membres de la famille restreinte sont copropriétaires, il est tout naturel de dire qu'ils sont copossesseurs (2). Or, s'ils sont copossesseurs du vivant du père, ils continuent à être possesseurs après sa mort. Enfin, dans le texte déjà cité de Tacite (3) : *si liberi non sunt, proximus gradui in possessione*,... ces mots *in possessione* veulent dire non pas acquérir la propriété, mais bien acquérir la possession ! C'est la loi elle-même qui déclare les héritiers possesseurs. C'est elle qui accordait la saisine à l'époque de Tacite, c'est elle qui l'accorde encore aujourd'hui. Mais à cette époque reculée, la loi ne faisait que de déduire une conséquence logique de la copropriété de famille. Aujourd'hui elle se montre esclave de la tradition, et c'est par routine qu'elle accorde la saisine.

Cette argumentation ne me semble pas convaincante. J'ai montré dans mon chapitre 2 qu'il n'est point exact de soutenir que la copropriété entraîne comme conséquence nécessaire la copossession. D'un autrecôté, le texte de Tacite

---

(1) Chauffour, *Rev. de législat*, 1847, tome II.

(2) Dans l'affatome, l'institué est conduit dans la maison du disposant, il y reçoit trois hôtes, il acquiert donc la possession du vivant de l'instituant. Loi salique, tit. 46.

(3) Tacite, *Germ*, § 20.

mé paraît bien obscur, il faut beaucoup d'imagination pour voir dans ces mots *in possessione*, une allusion à la saisine. Pour moi, je considère la saisine héréditaire comme une institution relativement récente : la première mention de la règle « le mort saisit le vif » se trouve dans les *Olim* écrits en 1259 (1). La saisine a été inventée dans le but de soustraire les héritiers du défunt au paiement de certains droits fiscaux très onéreux. Dans l'ancien droit, la transmission des fiefs et des censives donnait lieu à un ensaisissement. Celui qui transmettait un fief ou une censive à un autre, se dessaisissait entre les mains de son seigneur, puis le seigneur à son tour ensaisissait le futur acquéreur. A la mort de tout possesseur de fief et de censive, le seigneur était réputé recevoir la possession du défunt, il transmettait ensuite cette possession aux héritiers qui demandaient l'investiture et payaient le droit de rachat de relief, etc. Les légistes soutinrent que la possession passait directement et de plein droit de la tête du défunt sur celle de l'héritier; dès lors il n'était plus besoin de demander la saisine au seigneur, il n'était plus nécessaire de payer les droits fiscaux (2). L'ancien droit et le Code civil ont adopté le raisonnement des légistes; ils ont maintenu la saisine. Comme cette institution ne dérive pas de la copropriété de famille, elle ne rentre pas dans le cadre de nos études.

3<sup>e</sup> proposition. — Les parents copropriétaires acquièrent le droit de partager les biens de famille. — Il arrive sou-

---

(1) *Olim*, tome I, p. 461, n° 9. — *Grand Cout. de France*, liv. II, ch. 21.

(2) Simonnet, *de la Saisine héréditaire*. Paris.

vent après le décès du père que la mère et les enfants restaient dans l'indivision et continuaient à habiter en commun : ils choisissaient alors un nouvel administrateur des biens de la famille. Il était alors vrai de dire que rien n'était changé dans la famille sinon la personne de l'administrateur. Mais cet état d'indivision (1) ne dépendait que de la volonté des membres de la famille, il lui était loisible d'y mettre fin en demandant le partage.

Nous n'étudierons point toutes les règles relatives au partage, mais nous nous bornerons à examiner les deux points suivants qui présentent un grand intérêt : quels parents figurent au partage, le *de cujus* peut-il, par acte de dernière volonté, avantager un des copartageants au détriment des autres.

1<sup>er</sup> point. — Il semble qu'à l'origine tous les parents copropriétaires indistinctement partageaient les biens laissés par leur parent défunt. On a vu souvent les frères du

---

(1) Il ne faut pas confondre cet état d'indivision avec les sociétés de serfs et les sociétés taisibles. — Les sociétés de serfs se composaient de tous les serfs appartenant au même maître, habitant la même maison et mangeant le même pain. Chaque société avait son chef : elle héritait de tous les biens laissés par ses membres défunts. La société ne possédait que les meubles et les acquêts de chaque associé ; elle pouvait être dissoute à la demande d'un seul.

Les sociétés taisibles ou tacites se formaient entre personnes libres, parentes ou étrangères les unes aux autres, par la cohabitation continuée pendant un an. Elles ne comprenaient que les meubles et acquêts des associés.

Ces sociétés ne dérivent pas de la copropriété de famille, car elles ne sont pas propriétaires d'immeubles. On pense que les sociétés de serfs ont été organisées dans le but de résister aux prétentions des seigneurs et de faciliter le paiement des redevances. On croit que les sociétés taisibles sont des vestiges des anciennes familles patriarcales. Il existe dans l'Inde et au sud de la Russie des associations semblables aux anciennes sociétés taisibles françaises. — Consultez : Dunod, Lebrun, *Traité des Sociétés taisibles*. — Troplong, préface du *Commentaire sur les Sociétés civiles*. — Boscheron-Desportes ; de Laveleye, *op. cit.* — Fédor Demelic, *le Droit coutumier des Slaves méridionaux*. Paris, 1877.

défunt disputer la succession aux fils de celui-ci : du reste, le wergeld payé par le meurtrier d'un individu n'était-il pas partagé entre le fils et les parents collatéraux de la victime (1) ? Les lois des Francs, qui règlent si minutieusement l'ordre des successibles, la loi des Wisigoths, qui signifie aux collatéraux qu'ils n'ont rien à voir dans une succession où le *de cujus* a laissé des descendants ou des ascendants, me semblent avoir mis un terme à cette période primitive (2). Un certain progrès est donc réalisé, mais ce progrès est incomplet : les droits de toute une catégorie de successibles sont encore sacrifiés. Les femmes, primitivement écartées de toute succession immobilière, font entendre leurs réclamations. La deuxième rédaction de la loi salique restreint l'exclusion des femmes à la terre salique (3). La loi des Ripuaires les appelle à défaut de parent mâle au cinquième degré (4). La loi des Burgondes, puis l'édit de Chilpéric, réalisant un nouveau progrès, appellent les filles à défaut de fils et leur permettent de primer les collatéraux (5). Nos coutumes ont effacé les derniers vestiges de cette législation et ont placé les filles (du moins chez les roturiers) (6) sur le même rang que les fils.

Dans notre ancien droit, quand un individu mourait, tous ses descendants venaient à sa succession, et s'ils étaient tous du même degré, ils partageaient à parts égales ; mais quand le *de cujus* ne laissait point de descendants, les

---

(1) Viollet, *Précis*, page 705.

(2) *Lex Wisig*, liv. IV, tit. 2, § 3. Walter, I, page 493.

(3) *Lex salica*. 1<sup>re</sup> rédaction, Hessels, col. 379 ; 2<sup>e</sup> rédaction, *id.*, col. 386.

(4) *Lex Rip.*, tit. 56, § 4. Walter, I, page 179.

(5) *Lex Burg.*, tit. 14. Walter, I, 311. Edit de Chilp., *Diplomata*, tome I, page 143.

(6) *Etablissements de saint Louis*, I, 132.

collatéraux, qui recueillaient ses propres, étaient soumis à certaines règles variant suivant les coutumes (1). Dans les coutumes souchères, on remontait jusqu'à l'origine du propre, c'est-à-dire jusqu'au membre de la famille qui, le premier, avait acquis le propre et l'avait mis dans la famille : pour recueillir le propre, il fallait descendre de ce premier acquéreur. Dans les coutumes de côté et ligne, il suffisait d'être le plus proche parent de ce premier acquéreur, peu importe que cette parenté fût en ligne directe ou collatérale. Dans les coutumes de simple côté, le propre venant de la branche paternelle était dévolu au plus proche parent paternel, on ne remontait pas à l'origine du propre. Il arrivait souvent que les successeurs aux propres étaient différents des successeurs aux acquêts et aux meubles.

Ce résultat paraît bizarre à ceux qui basent le droit de succession uniquement sur l'affection présumée du défunt. Pourquoi celui qui occupait le rang le plus élevé dans l'affection du *de cuius*, ne recueillait-il pas tous les biens de celui-ci ? Pour nous, qui rattachons le droit de succession, non-seulement à l'affection présumée, mais encore à la copropriété de famille, les dispositions des coutumes souchères sont très rationnelles. Le propriétaire d'immeubles venant de plusieurs successions différentes, était en quelque sorte le chef de plusieurs familles : son individualité, peu développée, n'avait pas encore réussi à fondre tous ces immeubles en une seule masse. Les membres de chacune des corporations dont il était le chef, conservaient respectivement leurs droits sur les immeubles patrimoniaux, et une dévolution de succession était impuissante à les en priver.

---

(1) Pothier, tome VIII, page 103. Toutes ces règles sont résumées par l'adage célèbre : *paterna paternis, materna maternis*.

Les coutumes de côté et ligne, les coutumes souchères me semblent de formation plus récente, elles ont essayé de simplifier les questions si nombreuses et si compliquées auxquelles donnait lieu l'origine des propres.

Le Code civil est resté dans une certaine mesure fidèle à la tradition, mais afin de simplifier encore les règles de succession des propres, il a eu recours à un compromis. Toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales : tous les biens compris dans la première part sont réputés venir de la ligne paternelle, et comme tels, sont dévolus aux parents de la ligne paternelle ; les biens compris dans la seconde part sont réputés venir de la ligne maternelle et sont dévolus aux héritiers de cette ligne. Cette division de la succession, prescrite par l'article 733, a reçu dans la doctrine le nom de *fente*. Toutefois, si l'on considère que l'article 733 s'applique non-seulement aux immeubles mais encore aux meubles, non-seulement aux propres, mais encore aux acquêts, on comprendra que la théorie de la copropriété de famille ne suffit pas à elle seule à expliquer le fonctionnement de la fente. Les rédacteurs du Code, en édictant l'article 733, ont eu en vue une idée de justice : ils se sont efforcés de concilier les intérêts des deux familles qui se disputent la succession (1).

2<sup>e</sup> point. — La plus stricte égalité doit régner entre les copartageants : *Aucun ne peut être héritier et légataire d'un défunt ensemble*. Cette règle signifiait que, si un des héritiers présomptifs avait reçu un legs du défunt, cet héritier ne pouvait pas prendre à la fois et sa part dans la succession

---

(1) Locré, tome X, pages 184 et 185, *Exposé des motifs*, par Treilhard.

*ab intestat* et l'objet légué. Certaines coutumes ne lui permettaient en aucun cas de prendre le legs ; on les appelait coutumes d'égalité parfaite (1). D'autres lui permettaient d'opter entre le legs et sa part dans la succession *ab intestat*, de telle sorte que s'il choisissait le legs, il devait renoncer à la succession ; s'il choisissait sa part de la succession *ab intestat*, il devait renoncer au legs.

« Cette disposition, dit Pothier (2), a pour fondement l'inclination de notre droit français à conserver l'égalité entre les héritiers comme un moyen de conserver la paix et la concorde dans les familles, et d'en exclure les jalousies auxquelles donneraient lieu les avantages que l'on ferait à l'un des héritiers par-dessus les autres. Il était d'autant plus important de maintenir cette égalité à l'égard d'hommes guerriers et féroces tels qu'étaient nos ancêtres, plus susceptibles que d'autres de jalousies et toujours prêts à en venir aux mains et aux meurtres pour les moindres sujets. » Mais ce motif est certainement inexact, car la loi elle-même permettait à tout propriétaire de rompre l'égalité qui devait exister entre ses futurs héritiers, au moyen de donations entre vifs faites avec préciput (3). Si l'égalité peut être rompue par des donations entre vifs, pourquoi ne serait-elle pas rompue par des legs ? Pour nous, il nous semble que la règle coutumière « *Aucun ne peut être héritier et légataire d'un défunt ensemble* » dérive de la copropriété de famille (4). Le père, simple administrateur des biens de la famille, ne pouvait léguer les biens de la famille ; du

---

(1) Pothier, tome VIII, p. 179 et suiv.

(2) Pothier, tome VIII, page 179.

(3) Dans les Coutumes de Paris et d'Orléans, les collatéraux n'étaient pas tenus de rapporter les dons qu'ils avaient reçus entre vifs du *de cujus*.

(4) Aubry et Rau, tome VI, page 601, note 12.

reste, un legs fait à l'un des enfants eût été sans objet, puisque la chose léguée appartenait déjà au légataire qui en était copropriétaire. A cette époque, un legs fait à l'un des enfants était donc radicalement nul. Les coutumes d'égalité parfaite ont conservé cette solution même après la disparition de la copropriété de famille. Le tempérament admis par les coutumes d'option a dû être inventé à une époque plus récente. Quand on eut autorisé le père de famille à léguer une partie de ses propres à un étranger, on dut permettre au père de léguer cette quotité disponible à un de ses héritiers, mais à condition toutefois que cet héritier renoncerait à la succession du disposant, car un héritier renonçant est un véritable étranger.

Après la disparition de la copropriété de famille, ces règles n'avaient plus leur raison d'être. Pothier lui-même le reconnaît. « Cette disposition n'est pas fondée sur la nature des choses, elle n'est pas fondée non plus sur une raison d'équité naturelle. » Si l'on continue à proclamer l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, c'est que l'on voulait favoriser la division des biens entre roturiers.

Les roturiers, en effet, ne jouissaient pas du droit d'ainesse; or, si l'on eût permis au père roturier de léguer toute sa quotité disponible à l'un de ses héritiers, on lui eût, par le fait même, permis de créer un véritable droit d'ainesse au profit de cet héritier. En prohibant le cumul des qualités d'héritier et de légataire, on empêchait la formation des grandes fortunes roturières, lesquelles auraient contrebalancé l'influence de la noblesse.

Le droit intermédiaire, qui favorisait outre mesure le morcellement des biens, adopta les règles des coutumes

d'égalité parfaite (1). Notre Code civil, tout en permettant au testateur de faire à l'un de ses héritiers un legs par préciput, admet encore l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, mais il adopte le tempérament des coutumes d'option. Tous les auteurs s'accordent à critiquer cette disposition. Du moment que l'on autorisait les legs par préciput; du moment que l'on respectait la volonté du défunt dans une hypothèse, pourquoi ne pas la respecter dans tous les autres cas? Notre Code aurait dû décider que dans tous les cas on rechercherait quelle a été la volonté du défunt, et on suivrait cette volonté (2).

---

(1) Décret du 17 nivôse an II.

(2) Aubry et Rau, passage cité.

---

## CONCLUSION

---

Nous avons montré dans le cours de cette étude que l'histoire de la propriété ne peut être séparée de l'histoire de la famille. Chez les peuples primitifs, lorsque les terres étaient communes, la filiation paternelle était inconnue, les femmes étaient soumises au régime dégradant de la communauté. Le régime de la propriété collective du village nous met en présence d'un groupe d'individus très nombreux, se croyant issus d'un auteur commun, intimement unis les uns aux autres. La copropriété de famille correspond à un groupe assez restreint, soumis à la puissance illimitée d'un seul qui concentre sur un même point l'activité de tous. Enfin, sous le régime de la propriété individuelle, tel que la comprennent les Anglais et les Américains, la famille n'est plus que la réunion de quelques personnes issues les unes des autres, ayant chacune une individualité bien déterminée, et n'étant, à vrai dire, soumises qu'à une seule obligation vis-à-vis du chef de famille, au respect.

Le communisme primitif a été abandonné depuis longtemps par les peuples civilisés, et toute espérance de reve-

nir à ce régime est définitivement perdue. « Si les sociétés barbares, a dit un grand écrivain (1), admettent la communauté des terres, c'est parce qu'elles sont barbares et parce que le travail de l'homme n'a pas encore consacré la propriété. Les terres n'appartiennent encore à personne, parce que personne n'en a pris possession par le travail, c'est-à-dire par le plus saint et le plus sacré des achats, et ne les a par cela même incorporées, pour ainsi dire, à sa personnalité. »

Certains auteurs ont pensé que sans rétrograder jusqu'au communisme, on pourrait utilement revenir au régime de la propriété collective du village, avec partage périodique des terres, et ils vont même jusqu'à considérer ce retour comme l'unique moyen de trancher raisonnablement ces grands problèmes dont la solution préoccupe les économistes. La propriété collective avec partages périodiques, dit M. de Laveleye (2), empêche également et le morcellement excessif des propriétés, et l'accaparement des terres par les *latifundia* ; en attachant le campagnard à la terre par les liens de l'intérêt, elle assure la stabilité de la famille et arrête l'immigration vers les grandes villes ; en procurant à toutes les familles des secours sérieux, elle entrave les progrès du paupérisme ; enfin, elle initie à la vie politique les habitants du village, obligés de régler eux-mêmes l'administration du domaine collectif.

Si à ces trompeuses perspectives nous substituons la réalité des faits, si nous considérons qu'un partage périodique ne peut fonctionner d'une manière productive que lorsque

---

(1) Lehuërou, *op. cit.*, pages 65 et 66.

(2) De Laveleye, *Séances et trav. de l'Ac. des Scien. mor. et polit.*, sept. 1885. — Voyez aussi la préface de l'ouvrage déjà cité : *de la Propriété*, etc.

le nombre des copartageants est très restreint, et lorsque le territoire à partager est très vaste, nous comprendrons qu'un pareil partage est absolument impraticable dans les grandes villes, et pourtant, c'est dans les villes que le paupérisme fait le plus de ravages ! Je suppose même qu'un pareil système ait réussi à s'implanter dans une nation civilisée, quels nombreux inconvénients il entraînerait avec lui ! Chaque copartageant n'étant point maître de la terre qu'il cultive n'apporterait dans ses travaux aucune énergie, aucune activité. Comment serait-il attaché à un sol dont la détention peut lui être enlevée du jour au lendemain ? Où serait l'aiguillon de son activité laborieuse, alors qu'il ne peut point disposer librement du sol qu'il a fécondé, amélioré (1) ?

Ces considérations me paraissent suffisantes pour entraîner contre la propriété collective du village une condamnation irrévocable.

Le régime de la copropriété de famille avec son long cortège de biens inaliénables ou indisponibles, de retraits, de réserves, de successions nécessaires, me semble également condamnable. Sans doute à cette époque où l'individu n'était pas encore dégagé des liens de la famille, où toutes les libertés étaient confisquées au profit d'un seul, la copropriété de famille produisait d'heureux résultats ; mais aujourd'hui, alors que chacun veut exercer pour son propre compte, sa propre activité, que chacun est avide de liberté, la copropriété de famille n'est plus qu'une institution démodée. L'ancienne théorie de la conservation des biens dans la famille est en opposition manifeste avec l'esprit démocratique de notre droit, qui favorise outre

---

(1) Rozy, *Traité élémentaire d'économie politique*. Paris, 1877.

mesure le morcellement des terres. La nécessité du consentement des proches, les retraits se concilient mal avec les nécessités du commerce, avide de garanties et de rapidité.

La propriété individuelle, exempte de tous les reproches que nous avons adressés aux autres régimes, me semble donc la meilleure forme de la propriété immobilière. Mais la propriété individuelle elle-même comporte des degrés. Tantôt, en effet, comme en Angleterre et aux Etats-Unis, le propriétaire est libre de disposer de sa chose de la manière la plus absolue ; tantôt, comme dans le droit romain classique et le droit français actuel, les droits du propriétaire sont limités dans une certaine mesure par la présence de ses descendants ou de ses ascendants. Doit-on accorder aux propriétaires le droit de disposition illimité ? Doit-on, au contraire, maintenir les entraves que notre Code civil apporte au droit de disposer à titre gratuit ? Deux opinions ont été émises sur ce point, elles comptent toutes deux des partisans considérables par leur nombre et par leur talent. Les arguments donnés de part et d'autre sont exposés avec ampleur dans le savant ouvrage de M. Boissonnade, *Histoire de la réserve héréditaire* ; je me bornerai à les résumer.

M. Le Play (1) et son école réclament instamment pour le père de famille la liberté illimitée de donner et de tester. Le père de famille est propriétaire, disent-ils, dès lors il doit pouvoir disposer de sa chose de la manière la plus absolue ; on ne conçoit pas que son droit soit limité au profit d'une autre personne. Ce droit de disposition absolu produirait d'heureux résultats, il permettrait

---

(1) Le Play, *la Réforme sociale en France*. Tours, 1878.

au père de laisser toute sa fortune à un seul individu, et de cette manière, on éviterait le morcellement des propriétés foncières qui est si funeste à l'agriculture et à l'industrie. Le père pourrait récompenser le fils soumis et laborieux en lui laissant une part considérable de sa succession. Le père pourrait aussi punir le fils débauché en le privant d'une partie de ses revenus, il pourrait le retenir dans la voie du vice en le menaçant de le déshériter : quand un fils est certain d'avoir une part de la succession de son père, il trouve un crédit assuré pour servir ses désordres.

Si l'on supprime la réserve établie au profit des descendants, il n'y a aucune raison de conserver la réserve établie au profit des ascendants.

Cette argumentation ne me semble pas à l'abri de toute critique. On ne conçoit point, dites-vous, que le droit d'un propriétaire soit limité au profit d'autrui ! Interrogez votre conscience, elle vous répondra que tout homme est obligé de nourrir et d'élever ses enfants. Cette obligation, qui existe chez tous les peuples, qui a existé dans tous les siècles, n'est pas le corollaire de telle ou telle organisation de la propriété, elle est un devoir moral, elle constitue une loi de la nature. La raison, la nature nous obligent donc à nourrir nos enfants, à leur fournir les moyens de vivre pour le temps où nous ne serons plus ! Ce n'est pas seulement le pain strictement nécessaire à leur existence que nous devons leur donner, ce sont encore tous les moyens de vivre honorablement, de conserver dignement le rang que nous leur avons donné dans la société. « Les enfants, dit M. de Parieu (1), ont

---

(1) Discours prononcé au Corps législatif en 1866, rapporté par Boissonnade, page 527.

habité la même demeure que leurs parents, ils ont partagé le vivre, les loisirs, les délicatesses de la vie de leurs parents, pouvaient-ils en être privés un jour ? Faut-il que la vie du père soit pour les enfants le point de départ d'une vie de privations et de misères ? Les mêmes motifs militent en faveur de la réserve des ascendants.

Vous objectez aussi que la réserve nuit à l'agriculture en favorisant le morcellement des propriétés ; mais il faudrait précisément prouver que ce morcellement constitue une gêne pour l'agriculture. Quant à la menace d'une exhérédation possible que M. Le Play suspend comme une épée de Damoclès sur la tête du fils débauché, qui nous prouve qu'elle arrêtera le fils égaré sur la pente fatale où il est emporté. « Elle en fera peut-être un hypocrite ou un flatteur, elle n'en fera jamais un fils soumis et respectueux, car la piété filiale n'est pas un de ces sentiments que l'intérêt fait naître ou que la crainte inspire (1). »

Nous pensons donc que le Code civil a accompli une œuvre louable en supprimant les derniers vestiges de l'ancienne copropriété de famille et en fondant sur de larges bases le droit de propriété individuelle, mais nous croyons également qu'il ne saurait, sans violer les lois de la nature et les préceptes de la morale, effacer les quelques limites qu'il a jugé bon d'opposer à ce droit de propriété. Qu'il reste donc dans ce juste milieu, qui est le domaine de la vérité.

---

(1) M. Godelle, *Discours*, cité par Boissonnade, page 514.



# POSITIONS

---

## DROIT ROMAIN

I. — La *gens* romaine était analogue à la communauté de village hindoue.

II. — La tutelle légitime des femmes pubères ne s'appliquait qu'aux femmes ayant succédé *ab intestat* à l'ascendant dont le décès les avait rendues *sui juris*.

III. — La règle *successio graduum non est* s'appliquait dès l'origine à l'ordre des agnats.

IV. — L'héritier sien n'acquerrait pas de plein droit la possession des *corpora hereditaria*.

V. — L'acheteur d'un fonds, vendu sans la clause *uti optimus maximus*, venant à découvrir une servitude prédiiale occulte, pourra intenter contre le vendeur l'action  *quanti minoris*.

VI. — Vers la fin de l'époque classique, le pacte adjoint *in continenti* à une stipulation, fait corps avec elle, à condition qu'il diminue l'obligation du débiteur.

VII. — Etant donnée la stipulation suivante : *Stichum dari spondes ? Si non dederis, C dari spondes ?* si Stichus vient ensuite à mourir par cas fortuit, le débiteur ne sera pas obligé de donner la *pœna*.

## DROIT CIVIL.

I. — L'action paulienne est basée sur un rapport d'obligation qui existe entre les créanciers et les tiers qui ont contracté avec le débiteur.

II. — Dans les obligations qui ont pour objet une somme d'argent, les intérêts moratoires ne commencent à courir qu'à partir du moment où ils ont été demandés.

III. — Le contrat de mariage passé par un mineur non assisté par les personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, peut être attaqué par le mineur et par les tiers qui ont contracté avec les époux, mais il ne peut être attaqué par l'époux capable.

IV. — Les constructions élevées par le mari sur le fonds dotal sont dotales.

V. — On peut prouver par témoins l'existence d'un bail verbal, quand on invoque un commencement de preuve par écrit.

VI. — Ce qui différencie le mandat du louage d'industrie, c'est le droit accordé à une personne d'en représenter une autre.

VII. — L'année courante visée par l'art. 2151 se termine le jour où le droit réel cesse de porter sur la chose pour porter sur le prix, par exemple, en matière de saisie immobilière, au jour de la transcription du jugement d'adjudication.

## HISTOIRE DU DROIT.

I. — La saisine héréditaire ne vient pas de la copropriété de famille, elle a été inventée au moyen âge pour soustraire les héritiers au paiement des droits d'investissement.

II. — L'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, nous apparaît à l'origine comme une conséquence de la copropriété de famille.

## ÉCONOMIE POLITIQUE.

La propriété individuelle des terres est raisonnable, conforme à nos instincts, nullement blessante pour la justice, très encourageante pour la production.

## DROIT CRIMINEL.

I. — Il est toujours permis à un particulier de résister à un ordre illégal de l'autorité.

II. — Quand la déclaration du jury a été lue en audience publique, la Cour peut demander au jury de rectifier un vice de forme, mais elle ne peut pas lui demander une rectification au fond.

III. — La durée de la prescription de l'action publique dépend de la qualification du fait punissable, et cette qualification a pour base la nature de la peine portée par la loi contre ce fait.

### DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

La loi du 28 mars 1882 ne s'applique pas aux enfants étrangers d'un étranger domicilié en France.

### DROIT COMMERCIAL.

Primus, de Paris, envoie à Secundus, à Dijon, une lettre dans laquelle il lui offre de lui vendre telle marchandise. Le contrat est formé dès que Secundus a manifesté d'une manière irrévocable son intention d'accepter, par exemple, quand il a mis définitivement à la poste sa lettre d'acceptation.

### DROIT ADMINISTRATIF.

I. — Les tribunaux civils sont compétents pour apprécier pécuniairement les dommages de toute espèce causés aux propriétés voisines par un établissement dangereux, incommode ou insalubre, autorisé.

II. — Le maire ou le bureau de bienfaisance n'ont pas le droit de réclamer les sommes recueillies par des particuliers au profit des pauvres, mais les quêteurs peuvent eux-mêmes les distribuer aux pauvres comme bon leur semble.

## DROIT CONSTITUTIONNEL.

I. — Le droit de révision n'est pas limité par la formule du projet voté par les deux Chambres : le Congrès a le droit de faire porter ses délibérations sur toute la constitution.

VU ET APPROUVÉ :

*Les Membres de la Commission,*

L. MOUCHET,      F. DESSERTAUX.

Vu :

*Le Doyen,*

VILLEQUEZ.

Permis d'imprimer.

*Le Recteur,*

CHAPUIS.

# TABLE DES MATIÈRES

|                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUCTION . . . . .                                              | 5  |
| § 1 <sup>er</sup> .— Origine de la copropriété de famille . . . . . | 7  |
| § 2. — Analyse de la copropriété de famille . . . . .               | 14 |
| § 3. — Destinée de la copropriété de famille. . . . .               | 19 |

## PREMIÈRE PARTIE

|                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------|----|
| LÉGISLATIONS ANCIENNES . . . . .                                          | 23 |
| CHAPITRE I <sup>er</sup> . — PEUPLES ORIENTAUX . . . . .                  | 25 |
| SECTION I <sup>re</sup> .— Origine de la copropriété de famille . . . . . | 25 |
| SECTION II. — Etude de la copropriété de famille. . . . .                 | 37 |
| SECTION III.— Destinée de la copropriété de famille . . . . .             | 55 |
| CHAPITRE II. — LÉGISLATION ROMAINE . . . . .                              | 58 |
| SECTION I <sup>re</sup> .— Origine de la copropriété de famille . . . . . | 58 |
| SECTION II. — Etude et destinée de la copropriété de famille. . . . .     | 68 |

## DEUXIÈME PARTIE

|                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LÉGISLATIONS DU NORD DE L'EUROPE . . . . .                                                    | 107 |
| CHAPITRE III. — DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE CHEZ LES PEUPLES<br>DU NORD DE L'EUROPE. . . . . | 109 |
| SECTION I <sup>re</sup> .— Origine de la copropriété de famille . . . . .                     | 109 |
| SECTION II. — Etude et destinée de la copropriété de famille. . . . .                         | 123 |
| CHAPITRE IV. — DE LA COPROPRIÉTÉ DE FAMILLE EN FRANCE DEPUIS<br>LES INVASIONS . . . . .       | 146 |
| SECTION I <sup>re</sup> .— Origine de la copropriété de famille . . . . .                     | 146 |
| SECTION II. — Etude de la copropriété de famille . . . . .                                    | 156 |
| CONCLUSION . . . . .                                                                          | 200 |
| POSITIONS . . . . .                                                                           | 207 |







